

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

ANTONIO CEZAR QUEVEDO GOULART FILHO

A PARTICIPAÇÃO DA FAMÍLIA NATURAL NA ADOÇÃO

CURITIBA  
2012

ANTONIO CEZAR QUEVEDO GOULART FILHO

A PARTICIPAÇÃO DA FAMÍLIA NATURAL NA ADOÇÃO

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito, no curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Profa. Dra. Ana Carla Harmatiuk Matos

CURITIBA  
2012

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

ANTONIO CEZAR QUEVEDO GOULART FILHO

### **A PARTICIPAÇÃO DA FAMÍLIA NATURAL NA ADOÇÃO**

Monografia aprovada como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, no curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, na Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

---

Profa. Dra. Ana Carla Harmatiuk Matos  
Orientadora – Departamento de Direito Civil e  
Processual Civil, UFPR

---

Profa. Dra. Maria Cândida Pires Vieira do Amaral  
Kroetz  
Departamento de Direito Civil e Processual Civil,  
UFPR

---

Prof. Dr. Marcos Alves da Silva  
Escola de Direito e Relações Internacionais, Unibrasil

Curitiba, 11 de dezembro de 2012

Ata da reunião da Comissão Julgadora da  
Monografia (Trabalho Final de Curso) do  
Acadêmico **ANTONIO CEZAR QUEVEDO  
GOULART FILHO**

Aos onze dias do mês de dezembro do ano de 2012, às 09:00 horas, nas dependências do Setor de Ciências Jurídicas, reuniu-se a Comissão Julgadora da Monografia apresentada pelo Acadêmico ANTONIO CEZAR QUEVEDO GOULART FILHO, sobre o tema, “A participação da família natural na adoção”. A Comissão constituída pelos Senhores Professores, ANA CARLA HARMATIUK MATOS (Orientadora), MARIA CÂNDIDA PIRES VIEIRA DO AMARAL KROETZ e MARCOS ALVES DA SILVA, atribuiu as seguintes notas respectivamente: \_\_\_\_\_ , \_\_\_\_\_ e \_\_\_\_\_; perfazendo a média igual a \_\_\_\_\_.

Obs.:

---

---

---

---

Curitiba - PR, 11 de dezembro de 2012.

---

ANA CARLA HARMATIUK MATOS

---

MARIA CÂNDIDA PIRES VIEIRA DO  
AMARAL KROETZ

---

MARCOS ALVES DA SILVA

Para Cezar e Denise,

Àqueles que me ensinaram que o afeto que alicerça uma família vem, antes de haver qualquer norma jurídica, do respeito e do amor de seus membros, a eles minha eterna gratidão.

Obrigado, pai e mãe.

## AGRADECIMENTOS

Expressar nestas linhas o papel que várias pessoas tiveram, direta ou indiretamente, algum papel no meu desenvolvimento emocional, social, intelectual e acadêmico é uma tarefa simplesmente impossível. A um, porque as palavras nunca são suficientes para expressar nossos sentimentos e nossas experiências. Como bem manifestou a poetisa paranaense Helena Kolody em seu poema Elogio do Silêncio, “Falar é traçar limites ao ilimitado”. A dois, ainda que fosse possível traduzir em letras todo o suporte que recebi ao longo de minha caminhada, não haveria de fazê-lo, porque o espaço é muito exíguo.

Inicialmente, gostaria de agradecer aos meus pais, **Antonio Cezar Quevedo Goulart** e **Denise Madruga Goulart**. Se algo em mim se salva hoje, é graças a estas duas pessoas que Deus teve a bondade de colocar em minha vida. Desde cedo, sempre fui provocado a pensar, refletir e questionar. A buscar o conhecimento e duvidar do que está posto. Sempre fui ensinado a amar e a retribuir ao bem que me fazem com o bem e ao mal com o mesmo bem. A perdoar e a pedir perdão. A fazer o bem e a ajudar o próximo. Se estou longe do ideal, é porque sou um mau aluno, “mal aprendido” e não “mal ensinado”.

Gostaria de agradecer aos meus amigos de longa data, **Eduardo Caetano**, **Luan Felipe da Cunha Luz** e **Douglas Pretto**. Tiveram ampla participação na minha adolescência e fizeram questão de continuar, mesmo neste começo de vida adulta. Ajudaram não apenas com suas valorosas amizades, mas também com um tremendo suporte emocional e enriquecedoras discussões jurídicas, sendo inegável o papel que exerceram para que eu chegasse até aqui.

Registro também o papel das amizades adquiridas durante este breve período de graduação, merecendo destaque os nomes de **Diogo Rodrigues Manassés**, **Viviane de Carvalho Lima** e **Lucas Lopes Saling**. Tirando meus próprios pais, estas pessoas foram as que mais conviveram comigo e mais me aturaram nestes últimos cinco anos, dando contribuições nas mais diversas áreas, desde a acadêmica até a sentimental. Sem estas pessoas, o risco de ter “ficado pelo caminho” não é inegável.

Quanto às amizades, por fim, ainda gostaria de mencionar aqueles que vim a conhecer nos últimos anos por conta de atividades de lazer em comum, **Stephane**

**Francisco, Ieda Lima e George Bastos**, que acabaram, mesmo que inconscientemente, participando de uma forma muito positiva em alguns momentos de crise, sendo de uma ajuda inestimável.

Na Universidade, seria uma tremenda injustiça não expressar minha gratidão nestas linhas à professora (e também orientadora deste trabalho monográfico) **Ana Carla Harmatiuk Matos**, que plantou as sementes para que brotasse minha paixão pelos temas de direito de família desde o começo do curso, quando ainda pensava que seguiria pelos caminhos do assim chamado “direito público”. Mesmo com todas as dificuldades e obrigações em sua vida pessoal, dentre as quais cuidar de uma criança recém nascida, ainda conseguiu fornecer um norte às atividades de pesquisa deste acadêmico no Projeto Virada de Copérnico e orientar o desenvolvimento da presente monografia, em conjunto com nada menos que o limite de orientandos que um professor pode ter.

Não poderia deixar de registrar o auxílio que os colegas do eixo de Relações Familiares e Situações Existenciais do Projeto Virada de Copérnico deram à pesquisa realizada por mim no grupo, auxílio este que veio a refletir no presente trabalho. Deixo consignados os nomes dos sábios integrantes que ajudaram este inexperiente iniciante em seu começo nas pesquisas jurídicas: **Ana Carla Harmatiuk Matos, Marcos Alves da Silva, Silvana Maria Carbonera, Fernanda Karam de Chueiri Sanches e Ricardo Lucas Calderón**.

Por fim, gostaria de manifestar meus sinceros agradecimentos à Promotora de Justiça **Michele Rocio Maia Zardo**, que, como supervisora no meu estágio junto ao Ministério Público do Estado do Paraná, muito me auxiliou na minha qualificação profissional e humana e serviu como um verdadeiro referencial de condução de uma atividade tão essencial para que se garanta e assegure a efetivação de direitos fundamentais.

"Como os pássaros, que cuidam de seus filhos ao fazer um ninho no alto das árvores e nas montanhas, longe de predadores, ameaças e perigos, e mais perto de Deus, deveríamos cuidar de nossos filhos como um bem sagrado, promover o respeito a seus direitos e protegê-los."

(Zilda Arns)



## RESUMO

No presente trabalho se pretendeu problematizar a participação dos genitores nos procedimentos de adoção e as consequências que isto gera para a prole dada em adoção. Abordou-se primeiramente o contexto do direito de família em que está inserida a adoção, para que se possa saber o plexo de valores que envolve a família atual que se volta para a realização individual de seus membros. Depois, perpassou-se pelo direito da criança e do adolescente, que estabelece os princípios regentes da matéria de adoção, nomeadamente o princípio da proteção integral, o princípio da prioridade absoluta e o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, entre outros aplicáveis. Após, trabalhou-se com o regime atual conferido à adoção pelo ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, pretendeu-se tratar especificamente dos procedimentos em que é necessária a destituição do poder familiar e em que há consentimento dos pais, com os resultados de cada uma destas situações para o processo e com as dificuldades de ordem teórica e prática que as envolvem.

Palavras-chave: direito de família; direito da criança e do adolescente; adoção; família natural; destituição do poder familiar; consentimento dos pais; adoção *intuitu personae*; adoção de nascituro.

## RESUMEN

En este trabajo se pretendió problematizar la participación de los genitores en los procedimientos de adopción y las consecuencias que ella genera para la prole dada en adopción. Se abordó por primera vez el contexto del derecho de familia en que se insiere la adopción, para que se pueda saber el plexo de valores que envuelve la familia actual que se dirige a la realización individual de sus miembros. Después, se trató del derecho del niño y del adolescente, que se establece los principios que rigen la materia de adopción, a saber, el principio de la protección integral, el principio de la prioridad absoluta y el principio del interés superior de los niños y adolescentes, entre otros aplicables. Siguiendo, se trabajó con el régimen actual conferido a la adopción por la orden jurídica brasileña. Por último, se ha tratado específicamente de los procedimientos que requieren la destitución del poder familiar y en los que ha el consentimiento de los padres, con los resultados de cada una de estas situaciones para el proceso y las dificultades de orden teórica y práctica que las envuelve.

Palabras clave: derecho de familia; derecho del niño y del adolescente; adopción; familia natural; destitución del poder familiar; consentimiento de los padres; adopción *intuitu personae*; adopción de niño no nacido.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>2 MUDANÇAS DO TRATAMENTO JURÍDICO DA FAMÍLIA NO BRASIL .....</b>	<b>14</b>
2.1 NOTAS PRÉVIAS SOBRE O DIREITO DE FAMÍLIA .....	14
2.2 O ARQUÉTIPO CODIFICADO DE FAMÍLIA NO BRASIL .....	16
2.3 OS CONTORNOS DO DIREITO DE FILIAÇÃO CODIFICADO .....	20
2.4 NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO DE FAMÍLIA .....	23
<b>3 O TRATAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES .....</b>	<b>32</b>
3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS .....	32
3.2 NOTAS HISTÓRICAS SOBRE AS DOCTRINAS JURÍDICAS ACERCA DA INFÂNCIA NO DIREITO BRASILEIRO .....	32
3.3 O DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E O ORDENAMENTO JURÍDICO .....	41
3.4 NOTAS DISTINTIVAS DE REGRAS, PRINCÍPIOS E VALORES .....	44
3.5 PRINCÍPIOS E VALORES INFORMADORES DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE .....	48
<b>4 ASPECTOS JURÍDICOS DA ADOÇÃO .....</b>	<b>54</b>
4.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A ADOÇÃO NO TEMPO .....	54
4.2 ADOÇÃO E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA .....	57
4.3 MUDANÇAS TRAZIDAS PELA LEI N.º 12.010/2009 .....	60
4.4 OS CONTORNOS ATUAIS DA ADOÇÃO .....	67
4.5 OS PROCEDIMENTOS PARA ADOÇÃO NAS DIVERSAS HIPÓTESES .....	75
<b>5 A PARTICIPAÇÃO DA FAMÍLIA NATURAL NA ADOÇÃO .....</b>	<b>81</b>
5.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR .....	81
5.2 CONSENTIMENTO DOS PAIS, A ADOÇÃO <i>INTUITU PERSONAE</i> E O CADASTRO NACIONAL DE ADOÇÃO .....	88
5.3 ENTREGA À ADOÇÃO E ADOÇÃO DE NASCITUROS .....	96
<b>6 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>101</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>103</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A adoção é um tema que ainda se reveste de muitos mitos e preconceitos. Não é incomum ver as pessoas culparem, nas famílias em que há um filho adotado, a falta de um vínculo biológico pelo que deu “errado” naquela relação paterno-filial. Como se pais e filhos biológicos fossem isentos de problemas.

De fato, não são poucos os que pensam, em especial entre os mais antigos, que é necessário valorizar quem é “sangue do seu sangue”. Neste sentido, o adotado acaba sempre sendo visto com olhares de desconfiança, como se fosse um agente instável, prestes a explodir ao menor estímulo negativo que receba.

Não é de se subestimar a importância que nossas origens, não apenas sociais, mas também genéticas, exercem na formação da personalidade de uma pessoa. Assim, não é de se estranhar que muitos vejam aquele que não partilha da mesma ascendência genética como um estranho, do mesmo modo que também este inserido posteriormente na família por vezes se vê como um estrangeiro que precisa buscar suas raízes. A importância de saber quem somos não é pouca.

Mas isto de modo algum impede a perfeita inserção do filho adotado na família adotante, de modo pleno, como verdadeiro filho. A ausência de um “mesmo sangue” não obsta a formação de vínculos afetivos e do exercício de responsabilidades como verdadeiros pais. Como diz a conhecida frase, “pai/mãe é quem cria”.

O direito vem fazendo uma releitura do significado dos seus institutos, dirigindo-os sempre tendo em vista a realização da pessoa humana. Neste contexto se insere a adoção, que não mais se destina a dar uma continuidade à família, a dar filhos a quem a natureza negou. Pelo contrário, o adotando, a parte “fraca” da relação, que recebe o enfoque.

A adoção é um mecanismo jurídico que serve à efetivação de um direito fundamental, que é o da convivência familiar e comunitária. A criança ou o adolescente que é colocado à adoção é alguém que não poderia, antes, gozar de um ambiente familiar que lhe possibilitasse seu pleno desenvolvimento, seja porque havia sido abandonado, seja porque o ambiente não lhe proporciona condições saudáveis.

Assim, dada a importância do instituto, merece um estudo e uma preocupação por parte dos operadores do direito, em especial porque a Constituição, diploma normativo do mais alto grau de hierarquia dentro de um ordenamento jurídico, conferiu a crianças e adolescentes uma “prioridade absoluta”, o que significa que esta categoria de pessoas deve ter o atendimento de suas necessidades colocado à frente de quaisquer outras prioridades que o Estado venha a ter (ou deveria, embora isto não ocorra na prática).

No entanto, não basta fazer uma análise simples da própria adoção, tendo que se verificar o que a precede. Pensar meramente no vínculo efetivado entre os pais e filhos por adoção revela muito pouco das dificuldades para esta concretização. Se outrora a discriminação imposta por lei aos filhos adotados foi motivo de preocupação, agora os olhos do jurista devem se voltar às causas pelas quais a adoção ainda não atingiu sua efetivação plena.

As razões desta falta de efetivação são de várias ordens. Podemos apontar, por exemplo, a omissão do Estado em acabar com a miserabilidade que assola muitas famílias e resulta no abandono de muitos infantes. Também se poderia apontar o despreparo de muitas Varas de Infância e Juventude que não contam com equipe interdisciplinar, deixando o magistrado desamparado e inseguro quanto ao acerto das decisões que vier a tomar.

Mas o presente trabalho não tem por objetivo esgotar estas causas ou mesmo analisar um rol delas, mas sim trabalhar com um aspecto que envolve a adoção e em muitos casos a dificulta: a participação na adoção dos pais registrais, que o Estatuto da Criança e do Adolescente chama de família natural.

Assim como a adoção não é realizada tendo em vista o interesse dos adotantes, mas sim a necessidade de crianças e adolescentes de uma convivência familiar, a família natural também não tem um direito ilimitado sobre os filhos. O exercício da autoridade parental se dá sempre no interesse destes, e não dos pais.

Quando os pais são inaptos ao atendimento da necessidade de seus filhos, faz-se necessária a retirada destes do ambiente familiar. Deve-se, então, buscar a readequação do lar para reinserção ou então deve ser colocada a criança em família substituta, preferencialmente no que o Estatuto chama de família extensa (membros da família que não estão no mesmo núcleo familiar) e, não sendo possível nesta, deve ocorrer a inserção em outra família.

Mas estes procedimentos devem ser feitos do modo mais rápido possível. Não se deve buscar a readequação da família *ad eternum*, do mesmo modo que a tentativa da colocação na família extensa deve considerar laços de afinidade e afetividade e não deve durar muito tempo.

Isto porque o tempo de desenvolvimento da criança é especial. Esta normalmente aguarda a solução para o seu caso em instituições de acolhimento, que, por mais bem estruturadas que sejam, acabam representando uma violência psicológica ao acolhido, prejudicando seu crescimento emocional, psicológico e físico.

Assim, tanto melhor será se, em sendo desaconselhável o retorno da criança ou do adolescente à sua família natural, a colocação em família substituta seja rápido. Para isto, é necessária que a participação dos pais seja breve no processo de colocação. Basicamente, se dá de três formas: não participação (quando são desconhecidos ou ausentes), com o consentimento ou de forma litigiosa, quando há necessidade de estabelecimento do contraditório.

O primeiro não gera grandes questionamentos. No entanto, tanto o consentimento quanto a não concordância dos pais provocam uma série de questionamentos de ordem teórica e prática, que são o objeto deste trabalho.

Assim, o percurso a ser trabalhado nesta monografia passará, primeiramente, pelo tratamento jurídico da família, *locus* onde historicamente se colocou a adoção, visto que é forma de estabelecimento da filiação. Em seguida, tratar-se-á do direito da criança e do adolescente, ramo do direito que se formou recentemente, com o reconhecimento desta categoria como necessitada de uma especial tutela por conta de sua situação peculiar de pessoas em desenvolvimento. Após, tratar-se-á o regime jurídico da adoção e seu procedimento, instrumental necessário à análise que se pretende desenvolver. Por fim, no derradeiro capítulo, será problematizada a questão da participação dos genitores na adoção de seus filhos.

## 2 MUDANÇAS DO TRATAMENTO JURÍDICO DA FAMÍLIA NO BRASIL

### 2.1 NOTAS PRÉVIAS O DIREITO DE FAMÍLIA

A adoção é um instituto que acompanha a humanidade desde longo tempo. É, em suma, o vínculo jurídico que se forma entre duas pessoas, a fim de estabelecer a filiação de uma em relação à outra. Não nasce espontaneamente, por depender da declaração de vontade de uma das partes e, pelo menos, da oitiva da outra, através de equipe interdisciplinar, ou de sua anuência, a depender da idade. Não é, portanto, um fato jurídico em sentido estrito, o que a diferencia da filiação dita natural.

Mas pensar abstratamente sobre o conceito de adoção não expressa a função que esta exerce atualmente. A “filiação”, pensada de modo frio, é um instituto do direito de família, mas isto não revela toda sua importância na formação individual de cada pessoa.

O direito de família como um todo vem sendo redesenhado, com a inserção de novos valores, e também no mesmo sentido caminha a adoção, que vem recebendo transformações no seu tratamento jurídico, a partir de novos entendimentos sobre a criança e o adolescente e o papel do Estado e da sociedade em relação à infância e adolescência.

Antes de podermos adentrar especificamente no tema da adoção, no entanto, faz-se necessário, dentro dos limites de um trabalho de conclusão de curso de graduação, pensar quais seriam estas transformações que levam a repensar o tratamento jurídico das relações familiares.

Uma observação que merece ser feita, antes de adentrar no tratamento que a família recebeu ao longo da história, é que a noção que se tem acerca do que sejam os vínculos familiares não é algo predeterminado.

Por longo tempo, pensou-se que a monogamia heterossexual, relacionamento entre um homem e uma mulher sob o regime de matrimônio, fosse o natural, o normal ou, ao menos, a família própria das sociedades civilizadas.

De fato, constata RUZYK que a monogamia (heterossexual) é a entidade familiar predominante desde longa data. Monogamia esta que foi, ao longo da

história, endógena e exógena para a mulher e, ao menos, endógena para o homem<sup>1</sup>, entendendo-se como a monogamia endógena a ideia de que dentro uma única estrutura familiar só se admitiria uma única relação de conjugalidade.

Em um estudo sobre as origens históricas do direito de família brasileiro, Rosana Amara Girardi FACHIN apontou que a família no Brasil Colônia recebeu influências da época, recebendo marcas de desigualdades, violência, formalidade, dependente de autoridade judicial<sup>2</sup>. O resultado foi a consagração de um modelo de família que tinha por base o casamento formalizado e religioso, com todos os moldes patriarcais, que de certa forma são análogos aos das sociedades antigas. Vale dizer, o homem exercia, no âmbito familiar, autoridade sobre mulher e filhos de forma quase absoluta. O filho era mais um elemento de força produtiva, não sendo a relação paterno-filial calcada nos sentimentos e na afetividade, mas sim na moralidade da época.

Há que se ter em conta que o reconhecimento social e jurídico a um determinado modelo familiar não implica na inexistência de outras entidades familiares.

Para caracterizar uma entidade familiar, conforme ensinamento de LÔBO<sup>3</sup>, são necessários três elementos: afetividade, ostensibilidade e estabilidade. Ora,

<sup>1</sup> “Se a monogamia para a mulher foi, historicamente, endógena e exógena – localizada também na longa duração –, para o homem foi e é, como se percebe, ao menos endógena”. (RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias simultâneas**: da unidade à pluralidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 99)

<sup>2</sup> “As instituições cartoriais se circunscrevem na tutela de interesses específicos, corporativos, ligados ao momento histórico, e se projetam no microcosmo da família patriarcal e hierarquizada, assentada na visão matrimonializada monolítica.” (FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio**: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do direito de família brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 25-26)

“A família colonial assenta-se nas seguintes dimensões: matrimonializada (fundamentalmente voltada ao casamento, sob o influxo canônico), hierarquizada (jungida ao *pater familias* colonial) e patriarcal. Nela cabia o modelo dominante das relações familiares, apto a dar azo à estrutura social, marcada por profunda discriminação.

O laço social colonial foi tecido sob o jugo das relações parentais preponderantes e sob a união da Igreja com o Estado. Livros eclesiásticos governavam o ser e o estar em família; nascimentos, casamentos e óbitos eram ali registrados. Livres ou cativos também eram as qualificações dos indivíduos registrados, propiciando-se, mediante os assentos cartoriais, também nessa seara, a manutenção de um *status quo*.” (FACHIN, R. A. G. *Op. Cit.*, p. 25-26.)

<sup>3</sup> “Em todos os tipos há características comuns, sem as quais não configuram entidades familiares, a saber: a) afetividade, como fundamento e finalidade da entidade, com desconsideração do móvel econômico; b) estabilidade, excluindo-se os relacionamentos casuais, episódicos ou descomprometidos, sem comunhão de vida; c) ostensibilidade, o que pressupõe uma unidade familiar que se apresente assim publicamente.” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas**: para além do *numerus clausus*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2552/entidades-familiares-constitucionalizadas/>>. Acesso em 21 de setembro de 2012.)



indubitavelmente, anteriormente e ainda hoje, se nega o reconhecimento a diversos grupos como família, ainda que apresentem as três referidas características.

Tal tratamento acabou por consagrar determinados modelos familiares e a relegar outros à invisibilidade. Tratava-se de uma preocupação mais com a instituição da família do que com a realização individual de cada um de seus membros.

É verdade que recentemente tal orientação vem mudando, atribuindo-se uma nova função à família, que é agora eudemonista<sup>4</sup>, não mais tendo por base no seu reconhecimento social e jurídico uma função procriadora ou religiosa. No entanto, há heranças presentes no âmbito jurídico e no imaginário cultural que vem das formas de família que prevaleceram ao longo da história na margem da visibilidade.

Estas heranças influem no objeto deste presente trabalho, a adoção. Para melhor análise do objeto faz-se necessário perceber qual a realidade anterior à atual, para que se estabeleçam as premissas de análise.

## 2.2 O ARQUÉTIPO CODIFICADO DE FAMÍLIA NO BRASIL.

Inicialmente, cabe fazer uma justificação do recorte histórico feito aqui. Pelo brevemente mencionado acima, é perfeitamente possível identificar algumas características análogas entre os períodos históricos anteriores e as normas de direito de família no Código Civil de 1916, mas não se faz necessário, para a presente pesquisa, averiguar até que ponto se tratam de continuidades históricas ou não. Dito isto, iniciaremos pela pesquisa da família reconhecida social e juridicamente no século XIX, que deu origem àquele tipo ideal que foi inserto no Código.

Cabe trazer à luz as importantes observações sobre as famílias oitocentistas por Carlos RUZYK, de onde se conclui que, ao contrário do que poderia concluir o

---

<sup>4</sup> “O termo *família eudemonista* é usado para identificar aquele núcleo familiar que busca a felicidade individual e vive um processo de emancipação de seus membros. O Direito de Família não mais se restringe aos valores destacados de ser e ter, porque ao menos entre nós, desde o advento da Carta Política de 1988 prevalece a busca e o direito pela conquista da felicidade a partir da afetividade.” (MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 25.)

leitor da conhecida obra “Casa Grande e Senzala” de Gilberto Freyre, a família extensa patriarcal vista nas grandes propriedades rurais do período colonial não era estatisticamente dominante ao ponto de se poder ignorar outras formas de família.

Essas populações quantitativamente predominantes não seguem, necessariamente, o modelo da família extensa patriarcal: a estrutura familiar será tão diversa quão diverso venha a ser o estrato social.<sup>5</sup>

No século XIX houve uma transição gradual da “família da casa-grande” para a “família do sobrado”. Vale dizer, com a vinda da Coroa para o Brasil, deslocou-se o centro político e começou a se deslocar o centro econômico das grandes propriedades rurais do nordeste para o sudeste, começando a se ganhar espaço outras elites rurais e também as elites urbanas, com um modelo de família nuclear.

Não é possível ignorar, ainda, que a família do sobrado não difere muito da família da casa-grande no que tange o caráter patriarcal e hierarquizado que em ambas se apresenta, restando a diferença mais relevante situada no âmbito da extensão da parentela que se incorpora à estrutura familiar.<sup>6</sup>

Ainda na esteira do pensamento de RUZYK, a família tida por ideal no século XIX parte da ideia do que seria o casamento ideal. Destaca o autor que não seria uma família fundada no amor, mas sim aquela em que a esposa atendia os padrões de recato e boa-fama e vivia bem com a família do marido. A criação dos filhos tampouco se fundava no cuidado, mas sim na reprodução do modelo de família, se diferenciando substancialmente quando se tratasse de menino ou de menina.

A família tinha diversas funções: moral, religiosa, procacional, econômica/previdenciária, de transmissão de *status* e poder político, de transmissão

---

<sup>5</sup> RUZYK, C. E. P. *Op. Cit.*, p. 112.

<sup>6</sup> *Idem*, p. 115.

de patrimônio <sup>7</sup>. Era uma família em que a realização individual dos seus membros não era objetivo. As aristocracias rurais estavam “centradas em famílias patriarcais, ora extensas, ora aproximando-se da família nuclear, em que o valor da instituição ainda se coloca acima de valores relativos ao afeto entre seus membros” <sup>8</sup>.

O prevaecimento gradual das famílias nucleares, com a crescente urbanização, não teve o condão de mudar características essenciais, que se refletiram no Código Civil de 1916.

Patriarcalismo, hierarquização, transpessoalidade: são caracteres que, no terceiro momento desse exame histórico, irão se apresentar no marco legislativo que vem a lume em 1916, traçando, com os olhos voltados para o século XIX, um modelo jurídico para a família brasileira. <sup>9</sup>

Orlando GOMES apontou em estudo às origens do Código Civil brasileiro uma grande influência neste de um “privatismo doméstico”, confirmando a influência direta das estruturas reconhecidas da família patriarcal do Brasil Colônia <sup>10</sup>. Citou o autor a lição de Pontes de Miranda, que afirmou que o Código mais se preocuparia com o círculo social da família do que com o da nação e que aquela seria despoticamente patriarcal. GOMES ainda falou na consolidação de uma posição privilegiada do homem na sociedade conjugal. Revelou um “conservantismo na disciplina das relações de família” <sup>11</sup> ao mencionar a regra da indissolubilidade do casamento. Expresou o intuito de preservação da família para conservar o patrimônio, por meio das regras de sucessão.

O mestre baiano ainda apontou que houve reflexo no Código de uma sociedade eminentemente rural, que não havia sido ameaçada por uma insurgente classe média. Mesmo tendo sido esta quem elaborou o Código Civil de 1916, se

<sup>7</sup> “Sempre se atribuiu à família, ao longo da história, funções variadas, de acordo com a evolução que sofreu, a saber, religiosa, política, econômica e procriacional. Sua estrutura era patriarcal, legitimando o exercício dos poderes masculinos sobre a mulher – poder marital, e sobre os filhos – pátrio poder” (LÔBO, P. L. N. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 18).

<sup>8</sup> RUZYK, C. E. P., *op. cit.*, p. 118.

<sup>9</sup> *Idem*, p. 121.

<sup>10</sup> “A influência da organização social do Brasil Colônia faz-se sentir até o fim do século XIX, e é nos primeiros anos do século XX que começa a discussão do projeto de Código Civil elaborado por Clóvis Beviláqua. Natural, assim, que repercutisse, na sua preparação, aquele primitivismo patriarcal que caracterizou o estilo de vida da sociedade colonial.” (GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 18.)

<sup>11</sup> GOMES, O. *Op. Cit.*, p. 15.

tratava de uma classe média sem ideologia própria diante dos embates de uma burguesia liberal e o setor agrário, estando esta classe média nos setores militar e em cargos públicos, com uma posição conservadora. É bem verdade que, apontou GOMES<sup>12</sup>, houve alguns embates entre interesses econômicos dos fazendeiros e algumas tentativas de imprimir um cunho mais liberal e progressista pelos juristas advindos da classe média, mas não se pode dizer que no direito de família houve grandes alterações. Neste sentido, manifesta Ana Carla Harmatiuk MATOS que

Os valores patriarcais informaram a família do Código, ocorrendo diversas formas de diminuição da condição feminina. A posição hierarquicamente superior do homem é justificável, em parte, pelos valores sociais presentes na época de elaboração de nossa codificação. Todavia, tal meio de poder encontrava-se igualmente a serviço de certos interesses acostados à função da família de uma dada classe social.<sup>13</sup>

Havia uma família reconhecida pelo Estado: a família constituída pelo casamento. Havia um enorme senso moral, que condenava qualquer relacionamento fora do matrimônio, consubstanciado na codificação. Preservava-se o patrimônio dentro da mesma linhagem sanguínea e ignorava-se qualquer vínculo afetivo que não o regularmente celebrado.

O Código consubstanciava alguns valores da época. Codificação e constitucionalismo são fenômenos que advieram junto com o Estado Liberal e a consagração do individualismo jurídico. Na lição de Paulo LÔBO<sup>14</sup>, o último tinha por função limitar a atuação estatal e o poder político (frente ao particular) e o primeiro garantia a autonomia individual, especialmente no campo econômico. Eram regramentos com pretensão de universalidade, mas que diziam respeito em especial ao indivíduo burguês.

Paolo GROSSI denota que, se o Código remete aos proprietários burgueses, nada mais lógico que ele considere uma outra fonte de direito como válida, sendo esta o contrato. Mas mesmo assim, continua se impondo de forma autoritária. Esta

<sup>12</sup> GOMES, O. *Op. Cit.*, p. 30-31.

<sup>13</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 21.

<sup>14</sup> LÔBO, P. L. N. Constitucionalização do Direito Civil. In: **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 33, 1 jul. 1999. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/507>>. Acesso em: 22 set. 2012.

imposição fomenta a incomunicabilidade entre sociedade e Código, pois este não acompanha as constantes mudanças naquela. A raiz jusnaturalista do Iluminismo na lei se mostra aqui, ao congelar o direito no momento de sua produção, pois a vontade do legislador é algo quase divino, algo supremo. A normatização então acabaria o momento em que é produzida.<sup>15</sup>

No espaço do direito de família, os efeitos de uma regulamentação com pretensão totalizante e descolada da realidade acaba tendo o cruel efeito de lançar diversas relações fora do âmbito de reconhecimento e proteção. Isto vale para diversas entidades familiares como para relações adjacentes ao casamento, como a filiação que não aquela tida entre marido e esposa. Sobre o Código, diz Francisco AMARAL:

Na parte do direito de família, consagrava o patriarcalismo doméstico da sociedade que o gerou, traduzido no absolutismo do poder marital e no do pátrio poder. Tímido no reconhecimento dos direitos da filiação ilegítima, preocupava-se com a falsa moral de seu tempo. Não obstante, continha algumas inovações progressistas para a época, como o deferimento do pátrio poder à mãe, mesmo na filiação ilegítima. Privava, porém desse poder a bínuba, que somente vem a adquiri-lo em 1962, com o Estatuto da Mulher Casada.<sup>16</sup>

Feitas estas considerações, tratar-se-á especificamente do tratamento das relações de filiação e da criança e do adolescente perante o Código.

### 2.3 OS CONTORNOS DO DIREITO DE FILIAÇÃO CODIFICADO

Como mencionado, a família no Código de 1916 era patriarcal, matrimonial. Era também transpessoal, valorizando a instituição acima de seus membros individualmente considerados.

<sup>15</sup> GROSSI, Paolo. Códigos: algumas conclusões entre um milênio e outro. In: \_\_\_\_\_. **Mitologias jurídicas da modernidade**. 2. ed. rev. e amp. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007, p. 108-109.

<sup>16</sup> AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 7. Ed., rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 167.

A criança, nessa perspectiva, é um membro deixado de lado nas relações familiares. É quase que um objeto na mão do pátrio poder do pai, submetendo-se à autoridade maternal apenas na falta do genitor varão. Mas, no plano dos fatos, eram educados pela mãe “rainha do lar”, mantendo uma respeitosa distância do pai “chefe de família”.

Os filhos completam o elenco, figurantes das relações desenvolvidas entre o personagem principal [homem] e o secundário [mulher]. Abrigados num estatuto plural de filiação, fundado na legitimidade, são incapazes perante a ordem jurídica e transitam na esfera familiar silenciosamente; são educados pela mãe e devem respeito ao pai.<sup>17</sup>

Não se admitia o filho tido fora dos sagrados laços do matrimônio, como se tivesse culpa de sua própria concepção. Penalizava-se a infidelidade marital com a desgraça da criança e de sua mãe, deixando o homem impune pelo seu ato.

O filho havido fora do casamento não tinha a devida tutela jurídica. Sequer se admitia que o pai o reconhecesse, numa tentativa de preservar o casamento. Tolerava-se a infidelidade marital, enquanto recriminava-se a libertação do desejo feminino fora do casamento, na esteira do que fala RUZYK acerca da história da família ocidental: “O que se coloca, com efeito, é que, enquanto as relações extraconjugais masculinas são, em muitos momentos históricos, toleradas, e, mesmo, incentivadas, a situação da mulher é bem diversa, sofrendo violenta repressão social”<sup>18</sup>.

Disto decorreu a cruel classificação entre filhos legítimos, legitimados, ilegítimos e adotados. Apenas os primeiros eram tidos como perfeitos, sem máculas. O direito os cercava de proteções, com presunção de paternidade e dificuldade dos questionamentos envolvendo a paternidade ou maternidade.

Por uma pretensa moralidade na família, com base nos laços matrimoniais, adotava-se um critério de exclusão. Relata Marcio Antonio BOSCARO que não era esta a proposta original do anteprojeto de Clóvis Beviláqua, que teria previsto possibilidade de investigação de paternidade ilegítima bem como a equiparação para efeitos sucessórios aos filhos legítimos dos legitimados, naturais reconhecidos

---

<sup>17</sup>CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda dos filhos** na família constitucionalizada. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2000, p. 25.

<sup>18</sup>RUZYK, C. E. P., *op. cit.*, p. 99.

e adotivos. Inclusive, segundo BOSCARO, o jurista defendia a plena igualdade entre filhos. Mas o anteprojeto,

submetido à apreciação do Congresso Nacional, foi ele alvo de muitas críticas, especialmente tecidas com vistas a uma pretensa proteção da paz das famílias, à defesa do instituto do casamento e para evitar especulações e escândalos, que tiveram na pessoa do deputado Andrade Figueira o seu mais destacado porta-voz.<sup>19</sup>

Havia um tratamento discriminatório entre os filhos, negando aos filhos não-legítimos direitos decorrentes das relações de família e sucessórios, no intuito de proteção ao instituto do matrimônio<sup>20</sup>. Novamente, verifica-se uma proteção à instituição, não à pessoa, o que revela o caráter transindividual que a lei atribuía à família.

Algumas mitigações a esta dicotomia filhos legítimos/não-legítimos foram ocorrendo gradualmente, segundo se pode ver na obra de BOSCARO, após o Código Civil do começo do século XX. A Constituição de 1937 previu, por exemplo, a equiparação entre filhos legítimos e naturais no seu artigo 126; a Constituição seguinte, de 1946, silenciou sobre o tema, mas não teve o condão de repristinar a revogada norma do artigo 1.605, §1º, do Código Civil anterior, que limitava os direitos sucessórios do filho natural. O Decreto-Lei n.º 4.737/1942 veio autorizar o reconhecimento de filhos adulterinos após o desquite, havendo debate doutrinário e jurisprudencial que culminou na extensão de tal previsão às demais modalidades de extinção da sociedade conjugal, o que depois foi previsto na Lei n.º 883/1949. A Lei do Divórcio (Lei n.º 6.515/1977) veio autorizar o reconhecimento de filhos adulterinos mesmo na constância do casamento, através de testamento cerrado. A Lei n.º 7.250/1984 veio permitir o reconhecimento de filho extra-matrimonial em

<sup>19</sup>BOSCARO, Márcio Antonio. **Direito de filiação**. São Paulo Editora: Revista dos Tribunais, 2002, p. 63.

<sup>20</sup>“Tais normas refletiam o sentimento dominante na sociedade de então, no sentido de preservar a família fundada no matrimônio e de resguardar esse instituto contra ameaças externas, cuja expressão máxima seria o reconhecimento de um filho gerado por um dos cônjuges, com terceira pessoa.

Sob o pretexto de uma suposta preservação da paz familiar (que se entendia que seria abalada com o público reconhecimento de que um adultério ou mesmo de que relações incestuosas teriam sido praticados por um de seus membros), não se reconheciam aos filhos extramatrimoniais direitos elementares à sobrevivência, como alimentos, relegando-os à execração pública, em virtude de um comportamento então tido como altamente reprovável, praticado por seus pais, ao gerá-los e que se convencionou manter em sigilo.” (BOSCARO, M. A. *Op. Cit.*, p. 65).

investigação, desde que houvesse separação de fato dos cônjuges há pelo menos cinco anos.

A Constituição de 1988, por fim, veio trazer novos paradigmas ao tratamento da filiação e da criança, se fazendo importante análise da constitucionalização do direito de família.

## 2.4 NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO DE FAMÍLIA.

É possível analisar três grandes transformações pelas quais o direito privado como um todo, e neste contexto o direito de família, vem passando.

A constitucionalização diz respeito ao deslocamento do centro do direito civil, que deixou de ser no Código Civil para ser agora em sede constitucional, tendo efeitos que não podem ser ignorados no direito de família, dada a alta carga normativa que a Carta Magna de 1988 contém sobre este segmento do direito privado<sup>21</sup>. Neste sentido, Francisco Amaral afirma que “princípios referentes à pessoa, sua família e seu patrimônio, hoje se localizam no Texto Constitucional, o novo epicentro do sistema jurídico e social”<sup>22</sup>. Vale dizer, a constitucionalização não se resume ao simples deslocamento da matéria civil de uma lei a outra (*lato sensu*). A Constituição goza de superioridade hierárquica, o que faz com que os princípios ali inseridos adquiram maior força jurídica. O que traz por efeitos práticos a revogação de normas infraconstitucionais que lhe contrariem (tal como, em que pese as vozes em contrário à época, era imperioso reconhecer, a previsão de diferentes direitos e deveres para os cônjuges varão e virago que se via na Codificação Civil anterior, diante da previsão constitucional de igualdade entre os sexos), bem como a exigência de que as normas inferiores sempre devam ser interpretadas à luz do impresso na Carta Maior (a título de exemplo, poder-se-ia sustentar, mesmo antes da reforma trazida pela Lei n.º 11.698/2008, com base no direito à convivência

---

<sup>21</sup> “Se for verdade que entre o forte e o fraco é a liberdade que escraviza e a lei que liberta, a Constituição do Estado Social de 1988 foi a que mais interveio nas relações familiares e a que mais as libertou. Consumou-se a redução ou mesmo eliminação, ao menos no plano jurídico, do *elemento despótico* existente no seio da família, no Brasil” (LÔBO, P. L. N. **Direito Civil**: famílias, p. 34).

<sup>22</sup> AMARAL, Francisco. A descodificação do direito civil brasileiro. In: **Revista do Tribunal Regional Federal – 1ª Região**. Brasília: Tribunal Regional Federal da 1ª Região., v. 8, n. 4, out./dez. 1996, p. 645.



família da criança e do adolescente insculpido no art. 227 da Constituição, que o art. 1.584 original<sup>23</sup> do Código Civil preconizava a guarda compartilhada como solução adequada sempre que ambos os genitores separados/divorciados tivessem condições de criar e educar seus filhos, vez que esta é a solução que mais privilegia o supracitado direito fundamental).

Ainda do ponto de vista da constitucionalização, há também que se falar no estímulo à criação de leis que busquem dar densidade aos princípios constitucionais e mesmo na aplicação direta destes na falta de lei (como exemplo, há que se pensar na aplicação direta da igualdade de filiação, pelo que “inseriu-se o filho não nascido de relações matrimoniais numa família com os mesmos direitos e os mesmos deveres de qualquer filho advindo de um casamento”<sup>24</sup>, revogando-se de imediato os diversos regimes de filiação previstos no Código Civil de 1916). Há que se ter em conta que os valores contidos na Carta Magna se presumem legítimos e representantes da pluralidade do seio social. “Assim, não é apenas por razões de coerência sistêmica que se deve postular a constitucionalização do Direito Privado. Trata-se de movimento necessário para quem aspire pautar as relações privadas por parâmetros normativos substancialmente mais justos”<sup>25</sup>.

Outra grande transformação é a repersonalização. Significa a superação de um paradigma essencialmente patrimonialista, uma busca pela valorização do ser em sobreposição ao ter. A propriedade, outrora considerada como a realização individual em si, passa a ser instrumento de realização pessoal. Visa-se a superação do egoísmo, mas, por outro lado, deve ser assegurada a autodeterminação da pessoa. “Não desaparece a preocupação com a liberdade, mas ela se modula e enriquece com a atenção dada à igualdade material e à solidariedade”<sup>26</sup>. Neste sentido, a família passa a ser considerada não em si, não como instituição, mas a partir de cada um de seus membros. Família é o espaço de realização pessoal e afetiva. É um espaço de liberdade, não apenas da liberdade de escolha ao se

---

<sup>23</sup> Dizia o referido dispositivo: “Decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la.”

<sup>24</sup> OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais de direito de família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 254.

<sup>25</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 53.

<sup>26</sup> SARMENTO, D. *op.cit.*, p. 93.

relacionar, mas a garantia de uma liberdade substancial, proporcionada pelos laços solidários tido entre os integrantes do grupo familiar<sup>27</sup>,.

Temos a descodificação como uma terceira mudança no âmbito do direito privado. Anteriormente, o legislador tinha uma pretensão de completude, de esgotar toda a regulamentação da vida privada em uma codificação única, de modo semelhante ao que a Constituição fazia com a estrutura estatal. Por isto chegava-se a dizer, sem exageros, que o Código Civil seria a Constituição da Vida Privada. Era um diploma legislativo de concepção individualista e voluntarista, que, segundo Francisco AMARAL<sup>28</sup>, se voltava a permitir a sistematização do saber jurídico, a legitimar as decisões jurídicas, permitir uma interpretação lógico-dedutiva, entre outras vantagens. No entanto, percebeu-se que tais codificações não eram capazes de acompanhar as necessidades sociais, tendo por desvantagens, segundo aponta AMARAL, um imobilismo legislativo, trazendo um conservadorismo doutrinário, uma doutrina legalista e um culto à lei com uma pretensão de plenitude do Código. Diante da insuficiência da codificação, em um primeiro momento, se estabeleceram leis extracodificadas para regular situações extraordinárias, sem que se desafiasse a autoridade do Código. Em um segundo momento, começaram a surgir leis que disciplinam matérias sem qualquer caráter de emergência ou para atender uma situação específica, se buscando suprir as lacunas deixadas pelo legislador do Código. Em um terceiro momento, por fim, a legislação passou a se organizar em microssistemas (na expressão trazida por Natalino IRTI<sup>29</sup>), que passaram a coexistir com o Código Civil: “direitos especiais” que passam a conviver com o “direito

<sup>27</sup> “Ao mesmo tempo em que o jurídico recolhe aquela liberdade pretérita e a protege, traz prestações possíveis em termos de liberdade futura, seja pela garantia jurídica de tutela de futura tutela da (con)vivência familiar, seja, quando for o caso, pela garantia de meios que assegurem liberdade substancial – por meio dos alimentos, por exemplo.

Daí se pode inferir que o eudemonismo, efetivamente, não se confunde com um exacerbado individualismo: a solidariedade familiar, como alteridade, é indissociável da concepção eudemonista tal como apreendida pelo direito. A liberdade plural que permite a cada um fazer o que valoriza – e, nessa medida, buscar livremente sua felicidade – é, como exaustivamente exposto, coexistencial.” (RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Liberdade(s) e função**: contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do direito civil brasileiro. 2009. 395 f. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 19 de junho de 2009, p. 359-360).

<sup>28</sup> AMARAL, F. *op.cit.*.

<sup>29</sup> “A ben vedere, le leggi, che si sogliono ancora denominare ‘speciali’ sottraggono a mano a mano intere materie o gruppi di rapporti alla disciplina del codice civile, costituendo *micro-sistemi di norme*, con proprie ed autonome logiche” (IRTI, Natalino. L’Età Della Decodificazione. In: FRANÇA, Rubens Limongi (coord.). **Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 10, out./dez. 1979, p. 26). Tradução livre: “Em um olhar mais atento, as leis, que ainda se costuma chamar de ‘especiais’, subtraem uma a uma matérias ou grupos de relações inteiros da disciplina do código civil, constituindo *micro-sistemas de normas*, com lógica autônoma e própria”.

comum” codificado, regulando relações de grupos. Como assevera TEPEDINO<sup>30</sup>, esses microssistemas têm por características: definir objetivos concretos ao invés de garantias de regras estáveis; utilizando uma linguagem mais setorial e não tão jurídica, atendendo às exigências específica de cada setor; não apenas coíbem a conduta ilícita, mas também têm o intuito promocional, de incentivo ao desenvolvimento do setor a que se voltam; o legislador não mais se limita a relações patrimoniais, mas também traça deveres extrapatrimoniais; “caráter contratual” dos estatutos, em que o legislador atua como negociador para normatizar determinados segmentos da sociedade.

No âmbito do direito de família, estas transformações ganharam tonalidades próprias.

As Constituições, anteriormente, pouco se interessavam pela família. Cabia ao Código Civil regulá-la. E o Código Civil anterior o fazia de forma condizente à sociedade da época, patriarcal, tradicionalista, preconceituosa. A tradição impunha uma forma de família, a matrimonial, com foco na figura do *pater*, com grande poder sobre a esposa e maior poder ainda sobre os filhos. A família era tida como instituição transindividual, cujo interesse era superior ao de seus membros, visão que era descolada da realidade.

O modelo patriarcal se instalou na Colônia e atravessou tempos e fatos até chegar aos valores que inspiraram o Código Civil [de 1916]. Decorre daí que a organização da família do Brasil colonial era predominantemente matrimonializada, nos moldes europeus-cristãos, ainda que frequente a existência de relações familiares sem casamento<sup>31</sup>.

A partir da Constituição de 1988, que foi o marco para a constitucionalização e repersonalização do direito civil brasileiro, houve uma virada de paradigma. Não há mais o engessamento de uma estrutura rígida de convivência familiar, dando-se liberdade à pessoa para que busque a forma mais adequada à sua realização pessoal.

---

<sup>30</sup> TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: \_\_\_\_\_. **Temas de direito civil**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001

<sup>31</sup> FACHIN, R. A. G., *op. cit.*, p. 63.

Reconhece-se, acima de qualquer tradição, o valor jurídico ao afeto como aquele princípio que “fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico” <sup>32</sup>. Como afirma Paulo LÔBO, trata-se de densificação, no âmbito do direito de família, do princípio da dignidade da pessoa humana. A família passa a ser pensada para a realização de seus membros a partir dessa função afetiva, passando a ser denominada de família eudemonista.

Sob as relações de afeto, de solidariedade e de cooperação, proclama-se, com mais assento, a concepção eudemonista da família: não é mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade<sup>33</sup>.

Dentre as inovações trazidas pela Constituição de 88, pode se citar a igualdade, que se manifesta em três situações: entre homem e mulher, entre entidades familiares e entre filhos.

Com o §5º do art. 226 da CR/88, indubitável foi o ingresso do princípio da igualdade nas relações familiares entre homem e mulher. Trata-se de enorme inovação, pois

até o advento da Constituição de 1988 só o marido representava a família (art. 293, I, CC), administrava os bens comuns e mesmo os particulares da mulher, segundo o regime matrimonial adotado (art. 233, II), além de deter o direito de fixar o domicílio da família (art. 233, III) e a faculdade de autorizar a mulher a praticar uma série de atos da vida civil (art. 242, CC)<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> LÔBO, P. L. N. **Direito civil**: famílias, p. 70. No mesmo sentido: “Verifica-se, do exame dos art. 226 e 230 da Constituição Federal, que o centro da tutela constitucional se desloca do casamento para as relações familiares dele (mas não unicamente dele) decorrentes; e que a milenar proteção da família como instituição unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos.” (TEPEDINO, Gustavo A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: \_\_\_\_\_. **Temas de direito civil**. 2. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 351.)

<sup>33</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família**: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 31-32.

<sup>34</sup> TEPEDINO, G. *op. cit.*, p. 354.

Isto se revelava, na expressão de TEPEDINO, como um verdadeiro “poder marital”, acorde com a cultura da época da codificação. A Carta Magna, no entanto, trouxe a igualdade, que significou, do ponto de vista formal, o fim de diversidade de direitos e deveres entre o homem e a mulher. Mas também se fez necessária a promoção da igualdade do ponto de vista material, com maior proteção às fragilidades que algum dos sexos pode apresentar. Neste sentido, pode se citar a Lei Maria da Penha, legislação setorial que visa coibir a violência contra a mulher no interior das relações domésticas.

Outra expressão da igualdade é a entre entidades familiares. Em sentido contrário ao regime anterior, que sacralizava o casamento como forma única de família (e com indissolubilidade do vínculo até 1977, com a lei do divórcio), a Constituição trouxe, em reconhecimento à verdade sociológica (que estava em descompasso com a previsão jurídica), o princípio da pluralidade de entidades familiares. Discutia-se, no entanto, se a previsão constitucional seria *numerus clausus* ou *apertus*, tendo o STF decidido pela última hipótese ao julgar a ADI 4277 e a ADPF 132 e reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar. Paulo LÔBO<sup>35</sup>, defendendo a abertura da previsão constitucional, afirmava que para se tratar de entidade familiar e estar constitucionalmente protegida, era necessário preencher os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensividade, tendo sido eliminada da Carta Magna de 1988 qualquer cláusula de exclusão de famílias não expressamente previstas. Tal é decorrência do princípio da afetividade e da dignidade humana que informam o novo direito de família.

Por isso mesmo, a Constituição de 1988 admitiu que o casamento não é a única categoria de família. A energia social do afeto levou o constituinte a estender a tutela constitucional: abrigou a união estável e a família monoparental nos §§ 3º e 4º. Mas, como esse artigo não é exaustivo, a Constituição não impede que a legislação, a doutrina e a jurisprudência reconheçam outras categorias de família geradas pelo afeto.<sup>36</sup>

---

<sup>35</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*.

<sup>36</sup> BARROS, Sérgio Resende de. A tutela constitucional do afeto. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). **Família e dignidade humana**: anais do V congresso brasileiro de direito de família. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 887.

A Constituição, ao prever a especial proteção do Estado à família, não especificou nenhuma entidade que seria merecedora de uma tutela especial, de forma que todas devem ser tratadas de forma isonômica, ressalvadas as hipóteses de diferenças que são inerentes a cada modelo. Segundo TEPEDINO, “não se pode admitir qualquer interpretação legal que privilegie uma espécie de entidade familiar em detrimento de outra, ou que vise tutelar o vínculo conjugal em sacrifício de algum dos cônjuges ou dos filhos”<sup>37</sup>.

Outra manifestação da igualdade, em sede constitucional, é entre os filhos. Anteriormente, em homenagem à preservação da instituição do casamento, sacrificava-se os filhos havidos fora do casamento, atribuindo-lhes regulamentações diversas conforme a origem. A Carta Magna trouxe normas em sentidos diametralmente opostos, com a previsão de igualdade no §6º do art. 227.

A Constituição de 1988, ao vedar o tratamento discriminatório dos filhos, a partir dos princípios da igualdade e da inocência, veio a consolidar o afeto como elemento de maior importância no que tange o estabelecimento da paternidade.<sup>38</sup>

A verdade afetiva prevalece sobre vínculos biológicos e sobre a existência de relações conjugais ou não dos genitores, não devendo quaisquer consequências negativas recair sobre os filhos em decorrência da origem da filiação, inclusive sendo vedada qualquer denominação que seja discriminatória.

Ainda, cabe mencionar que no âmbito da filiação incidem as normas do Estatuto da Criança e do Adolescente, que visa dar proteção integral a estes por sua especial condição de pessoas em desenvolvimento para além de algumas normas contidas no Código Civil. Trata-se de verdadeira limitação e conformação do exercício do poder familiar (denominada por Gustavo TEPEDINO de “autoridade parental”, para ressaltar que não se trata de um poder exercido no interesse dos pais, mas sim no dos filhos). Também, é o referido diploma legislativo que regulamenta as formas de colocação de criança e adolescente em família substituta, dentre as quais a adoção, que se aplica no que couber aos adultos.

---

<sup>37</sup> TEPEDINO, G. *op. cit.*, p. 359.

<sup>38</sup> FACHIN, L. E. *op. cit.*, p. 22.

Revela-se, diante do exposto, toda uma reconfiguração valorativa. De transpessoal, a família passou a ser considerada a partir da realização de seus membros. De preservação do patrimônio e com caráter fortemente moral e procriacional, a família passou a ter novas funções, a ser eudemonista. De patriarcal, a família passou a ser considerada no plano de uma igualdade entre seus membros, consideradas as especificidades de cada um.

A igualdade revela-se de grande importância. Não cabe mais qualquer distinção entre os filhos. O Código Civil de 1916 e suas distinções entre filiação legítima, ilegítima e adotada não mais tinham aplicação. Isto em uma perspectiva de valorização da pessoa e de sua dignidade. Filho, tido ou não na constância do casamento ou por adoção, passou a ser filho. Igualdade para qualquer forma de filiação, que só foi possível diante do reconhecimento à igual dignidade para homem e mulher e para as diversas formas de entidade familiar que não a fundada no matrimônio.

A convivência familiar também é outro direito de fundamental importância que passou a ter sede constitucional. Indispensável para realização da pessoa, com todas as consequências na sua formação de subjetividade. Conforme afirma Gilberto VELHO, os autores são aquiescentes em afirmar que “a família é uma instituição fundamental no processo de socialização da subjetividade”<sup>39</sup>. Por óbvio, não se limita à família tradicionalmente considerada, qual seja, a nuclear. Importa o indivíduo se inserir em um meio social onde ele possa se realizar pessoalmente. Daí a importância de se reconhecer a pluralidade de entidades familiares e tutelá-las juridicamente.

Por fim, cabe ressaltar que, em modificação tendente a abolir a lógica patriarcal da família, consagrou-se a proteção integral da criança e do adolescente, havendo imperativo constitucional de que a sociedade, o Estado e a família zelem por ela. Vale dizer, o pátrio poder transformou-se em autoridade parental, não mais se tratando de um poder a ser exercido pelo pai, mas um múnus a ser exercido pelos pais em favor de seus filhos.

---

<sup>39</sup> VELHO, Gilberto. Família e subjetividade. ALMEIDA, Angela Mendes de; GONÇALVES, Margareth de Almeida; PAULA, Silvana Gonçalves de (org.). **Pensando a família no Brasil**: da colônia à modernidade. Rio de Janeiro Espaço e Tempo/UFRRJ, 1987, p. 80.

Feitas estas breves considerações, deixar-se-á para tratar mais pormenorizadamente dos princípios constitucionais aplicáveis ao direito da criança e do adolescente no próximo capítulo.



### 3 O TRATAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES

#### 3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A família e a infância, duas categorias trazidas da esfera social para o direito, permitem tecer considerações importantes sobre o instituto da adoção, de modo que indispensável se fez tratar de ambas na presente monografia.

Optou-se por dividir o tratamento das duas, que lançam premissas para análise da presente obra, em dois capítulos. Isto porque, embora com muitos pontos de contato, a disciplina jurídica de uma e outra são bem peculiares, de modo que a unificação em um só texto de ambas deixaria o desenvolver de ideias mais confuso.

Dito isto e já se tendo feito a análise do tratamento jurídico da família no capítulo anterior, faremos agora breves considerações sobre a infância.

#### 3.2 NOTAS HISTÓRICAS SOBRE AS DOUTRINAS JURÍDICAS ACERCA DA INFÂNCIA NO DIREITO BRASILEIRO.

O conceito de infância é algo cultural, social e historicamente construído, conforme prelecionam Patrícia ZUCULOTO e Antonio Marcos CHAVES, doutores em Psicologia pela Universidade Federal da Bahia e pela Universidade<sup>40</sup>, noção que temos que ter como premissa. A criança foi encarada com diversos olhares ao longo da história.

---

<sup>40</sup>“Concordamos com Heywood ao afirmar que provavelmente o mundo medieval teve algum conceito de infância e que suas concepções deviam ser bem diferentes das nossas. Desse modo, nos alinhamos com esse autor quando defende a ideia de que as concepções de infância sofrem influências dos contextos social, cultural e histórico e compartilhamos a proposta dele de que devemos examinar as diferentes concepções acerca da infância em diferentes tempos e lugares”. (ZUCULOTO, Patrícia Carla Silva do Vale; CHAVES, Antonio Marcos. Significados de infância na história: contribuições da história e da psicologia. In: MOREIRA, Lúcia Vaz de Campos; RABINOVICH, Elaine Pedreira (org.). **Família e parentalidade**: olhares da psicologia e da história. Curitiba: Juruá, 2011, p. 112).

Ensina Antonio Cezar Lima da FONSECA, que os direitos da criança e do adolescente no Brasil fizeram uma transição do “direito do menor” para o “direito da criança e do adolescente”, sendo que a primeira expressão “reduzia a importância da criança como ser humano”<sup>41</sup>.

A infância, no final do século XIX e começo do século XX, era enxergada como um futuro, como uma categoria social sobre a qual se projetava a construção da nação, conforme demonstram ZUCULOTO e CHAVES. Via-se as crianças e adolescentes pobres como um problema social, a ser resolvida pelo Estado.

Rizzini concluiu que, através da análise das ideias e práticas vigentes nesse período, o acentuado interesse na criança pobre correspondia a um projeto essencialmente político, cuja meta era combater o contingente ocioso da população, enquadrando-o desde a infância à demanda do desenvolvimento capitalista de então. Pretendia-se transformar a criança pobre em elemento útil para o país.<sup>42</sup>

Caminhava ao lado deste projeto da infância, político e Republicano, um outro, escolar, da Psicologia da Infância. ZUCULOTO e CHAVES mostram, então, que a imagem da infância, no período da Primeira República, era de uma faixa etária que necessitava da educação, para “tornar-se um bom cidadão da pátria”<sup>43</sup>.

Vale dizer, havia uma preocupação incipiente com a situação do então denominado “menor”, mas não com sua pessoa propriamente dita e sim com a repercussão que ele pode gerar no meio social.

No começo do século XX, com o crescimento de grandes centros urbanos, a situação dos menores de idade habitantes da rua, que já era encarada como problema de ordem policial, passou a contar com maior intervenção do Estado, com o escopo de corrigir crianças de rua, para inserí-las no mercado de trabalho, segundo Sérgio Luiz KREUZ<sup>44</sup>.

Conforme FONSECA, iniciou-se, sob a égide do Império, uma perspectiva punitiva, de combate à delinquência, a chamada “doutrina do Direito Penal do

---

<sup>41</sup>FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 7.

<sup>42</sup>ZUCULOTO; CHAVES, 2011, p. 105.

<sup>43</sup>ZUCULOTO; CHAVES, *op. cit.*, p. 106.

<sup>44</sup>KREUZ, Sérgio Luiz. **Direito à convivência familiar da criança e do adolescente**: direitos fundamentais, princípios constitucionais e alternativas ao acolhimento constitucional. Curitiba: Juruá, 2012, p. 24.

Menor”, que partir dos Códigos Penais de 1830 e 1890. Havia uma ótica mista de assistência e correção, cabendo ao juiz, unicamente, a análise da situação da infância pelo direito penal.

Nesta época a preocupação era em especial com a delinquência, baseando-se a imputabilidade numa “pesquisa de discernimento”<sup>45</sup>, conforme Tânia da Silva PEREIRA, com a finalidade de se imputar ao menor práticas criminosas conforme seu discernimento. Vale dizer, adotava-se uma política de persecução ao “menor infrator”, um pouco mitigada pela prévia perquirição de sua capacidade para compreender seus próprios atos.

Em 1927 veio Decreto 17.943-A, que consolidou “toda a legislação sobre crianças até então emanada de Portugal, pelo Império e pela República”<sup>46</sup>, na forma do dito primeiro Código de Menores da América Latina, o Código Mello Mattos. FONSECA trouxe em sua obra o entendimento de Tânia PEREIRA de que a nova normativa representaria uma abertura significativa do tratamento à infância, trazendo considerações com o estado físico, moral e mental da criança.

Este primeiro Código de Menores, segundo KREUZ, se direcionava diretamente a “*expostos* (menores de sete anos), *abandonados* (menores de 18 anos), *vadios* (meninos de rua), *mendigos* (meninos que pedem esmolas ou vendem coisas na rua) e *libertinos* (frequentadores de prostíbulos)”<sup>47</sup>. Segundo o autor paranaense, o código excluiria a roda dos enjeitados (que só seria definitivamente extinta na década de 1950), fixaria a inimputabilidade aos menores de 14 anos, idade mínima de 12 anos para trabalho, bem como limitação de horas para este e proibição de labor em locais insalubres ou perigosos. Ainda, que o juiz teria concentrado um monopólio na gestão do sistema de menores, havendo também uma grande proliferação dos internatos.

A inoperância do sistema, segundo KREUZ, teria levado o Governo a criar o Serviço de Assistência ao Menor (SAM) através do Decreto-Lei n.º 3.799/1941, com o intuito de sistematizar a assistência a menores em situação irregular. O SAM teria fracassado, pelo que, em 1964, teria sido criada a Fundação Nacional de Bem-Estar do Menor (FUNABEM), com o objetivo de formar uma política nacional de bem-estar

<sup>45</sup> PEREIRA, Tânia da Silva. O “melhor interesse da criança”. In: \_\_\_\_\_. **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 11.

<sup>46</sup> SILVA, Roberto da. A construção do direito à convivência familiar e comunitária no Brasil. In: SILVA, Enid Rocha Andrade da (Coord.). **O direito à convivência familiar e comunitária: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil**. Brasília: IPEA/CONANDA, 2004, p. 291.

<sup>47</sup> KREUZ, S. L., 2012, p. 25.

do menor. Depois, ainda segundo o mesmo autor, seriam criadas as Fundações Estaduais de Bem-Estar do Menor (FEBEMs), que seguiriam, por influência da Escola Superior de Guerra, uma ideologia de segurança nacional, com sistema educacional baseado em disciplina militar. Outro fracasso, com diversas acusações de torturas, mortes, rebeliões e fugas. Pelo sistema, a criança ou o adolescente abandonados teriam se transmutado em delinquentes.

A correção contra o outrora chamado “menor infrator”, evidentemente, se voltava contra as classes mais desfavorecidas, vítimas de um preconceito por parte das autoridades, enquanto as crianças dos mais abastados não eram objeto de preocupação estatal<sup>48</sup>.

Assim, se deram várias transformações no tratamento “menorista”, mas é o novo Código de Menores, Lei n.º 6.697/1979, que vai efetivamente inaugurar uma nova doutrina, a “Doutrina do Menor em Situação Irregular”, segundo FONSECA e PEREIRA. Segundo KREUZ, para esta doutrina a criança “só tinha importância para

---

<sup>48</sup> O Estado apenas se voltava para a repressão penal dos grupos vistos como um mal social, o que dificilmente ocorria (ou ocorre, ainda hoje) com a dita classe dominante, a classe economicamente favorecida. Neste sentido, cabe trazer a lição de criminologia de Juarez Cirino dos SANTOS: “Os objetivos ideológicos do aparelho penal se resumem nas metas de *repressão da criminalidade* e de *controle/redução do crime*. Os objetivos reais do aparelho penal consistem numa dupla reprodução: *reprodução da criminalidade* pelo recorte de formas de criminalidade das classes e grupos sociais inferiorizados (com exclusão da criminalidade das classes e grupos sociais dominantes) e *reprodução das relações sociais*, porque a repressão daquela criminalidade funciona como ‘tática de submissão ao poder’ empregada pelas classes dominantes. Assim, a explicação da justiça penal não reside nos objetivos aparentes, de repressão da criminalidade e controle do crime, mas nos objetivos ocultos do sistema carcerário, de reprodução da criminalidade e reprodução das relações sociais, através do controle diferencial do crime” (SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical**. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008, p. 82). Vale dizer, o direito e em especial o direito penal, segundo SANTOS, serviria (ainda que não declaradamente e, acrescentamos, nem sempre de modo planejado) para a reprodução de uma divisão social de classes e manutenção de um *status quo*, em que o mais pobre é objeto de criminalização e repressão, inclusive absorvendo este discurso e servindo de auxiliar nesta forma de controle, enquanto a classe dita dominante contaria com a proteção e a tolerância do sistema. Seria uma criminalidade seletiva. Neste sentido, cabe trazer a elaboração de Carlos Roberto BACILA sobre o estigma, no caso o do pobre, que cria metarregras sociais, regras não escritas que conduzem as ações dos agentes sociais e estatais. Segundo o autor: “O crime é uma prática geral, mas a sociedade divide as pessoas entre criminosos e não-criminosos, procurando os primeiros, via de regra, entre os desfavorecidos economicamente. [...] Portanto, se as operações policiais são dirigidas sistematicamente para a perseguição do estigmatizado pobre, e não do criminoso em geral, desta maneira, a polícia gera mais estigmatização nas pessoas que já são estigmatizadas e estabelece um controle disciplinador sobre a população carente, mais atuando como um agente ideológico e político do que um órgão responsável pela justiça” (BACILA, Carlos Roberto. **Estigmas**: um estudo sobre os preconceitos. 2. ed. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 140-141). Observações estas extensíveis às duas doutrinas mencionadas, tendo em vista que, ainda que a correção do “menor infrator” não assumisse na doutrina do menor em situação irregular um caráter declaradamente penal, na prática as medidas socioeducativas acabam por constituir verdadeira punição.

o Poder Público, quando se fizesse notar pela sua situação de ‘irregularidade’, como a delinquência, o abandono, orfandade etc”<sup>49</sup>.

Assumia o Estado uma postura paternalista, de cuidar aquela criança ou adolescente que não fosse devidamente assistida por sua família. PEREIRA relata que eram permitidas arbitrariedades em nome dessa tentativa de regularização:

Por mais de dez anos, as decisões tomadas em nome da lei, tantas vezes arbitrárias, eram fruto de critérios subjetivos do Juiz, marcados pela discriminação, desinformação, ou ainda, pela falta de condições institucionais que melhor viabilizassem a apreciação dos conflitos.

[...]

Sobrepondo os *superiores interesses do menor* sobre qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado, o espaço de ação judicial e estatal era absoluto, ficando o destino e a vida da criança e do jovem à mercê da vontade do Juiz.<sup>50</sup>

Justificava-se uma série de arbitrariedades em situações que o Juiz entendesse que se tratasse de “irregularidade” do “menor”. Inclusive, a pobreza e a miserabilidade eram consideradas causas que ensejariam a “situação irregular do menor” e poderiam levar à suspensão ou mesmo perda do então “pátrio poder”, segundo FONSECA<sup>51</sup>, o que representaria uma verdadeira punição às famílias pelo simples fato de serem pobres<sup>52</sup>.

Paralelamente ao tratamento dado pelas normas menoristas, situava-se o dito “incapaz” por conta da idade, relativa ou absolutamente, sujeito ao “pátrio poder”. O direito suprimia a sua capacidade, submetendo-lhe aos árbitrios dos pais. Foi, é verdade, sendo tolhido cada vez mais o poder dos pais, com a consciência de que haveria um interesse próprio, maior a ser protegido.

A Declaração Universal dos Direitos da Criança, adotada pela ONU em 20 de novembro de 1959, seria onde deitariam as raízes, para Heloísa Helena

<sup>49</sup> KREUZ, S. L., *op. cit.*, p. 65.

<sup>50</sup> PEREIRA, T. da S., 1999, p. 12-13.

<sup>51</sup> FONSECA, A. C. L. da, 2011, p. 76.

<sup>52</sup> A busca das violações dos direitos menoristas era coordenada principalmente pela classe social da família. É pertinente a observação de BACILA, que, feita para a ação policial, também corresponde ao observado aqui: “a meta-regra/estigma atua como uma excludente da perseguição do poderoso economicamente. Nesse sentido, ao ter na classe baixa o seu cliente preferencial, persegue com maior severidade os desfavorecidos economicamente, mas, ao contrário, atua de forma suave contra os integrantes da classe econômica mais elevada” (BACILA, C. R. *Op. Cit.*, p. 143).

BARBOZA, do princípio do melhor interesse da criança. Ressalta BARBOZA que esta Declaração seria inspiração na Política Nacional do Bem-Estar do Menor, a ser implantada pelo FUNABEM, mas não obstante isto “resultaram ambas – política e Funabem – em notório fracasso, de triste memória”<sup>53</sup>.

Observa a autora que estava inscrito no Código de Menores, em seu artigo 5º, uma “regra de ouro do Direito do Menor”, que seria a de que a proteção dos interesses do menor se sobreporiam a qualquer outro. Se, por um lado, a dita regra não significou uma efetiva proteção ao “menor em situação irregular”, por outro encontrou reflexos dentro das questões de ruptura da união conjugal. “A idéia de bem-estar do menor e prioridade de seus interesses prevaleceu e de fato impregnou-se em nosso ordenamento, tendo imediato e eficaz reflexo nas questões relativas à guarda de crianças”<sup>54</sup>. BARBOZA observa que a posição do artigo 326 do Código Civil de 1916<sup>55</sup>, de que o filho deveria ficar sob a guarda do cônjuge inocente, já estava sendo abandonada mesmo antes da Lei do Divórcio de 1977, “visto que já a Lei 4.121/62, o Estatuto da Mulher Casada, acolhera a tutela do bem do menor como objetivo preponderante”<sup>56</sup>.

No entanto, tal observação deve ser recebida com certa obtemperação. O modelo era preponderantemente de guarda unilateral, visto não haver previsão legal e nem debates doutrinários expressivos sobre a guarda compartilhada antes da década de 1990. Assim, o genitor não guardião ficava com, nas palavras de Waldyr GRISARD FILHO, “um papel verdadeiramente secundário, que o privava do integral relacionamento com seu filho”<sup>57</sup>, o que é prejudicial também para a criança, que tem direito a ter os dois pais presentes. E esta guarda unilateral normalmente não era (ou é) atribuída levando em conta necessariamente o melhor interesse da criança. Observa Rolf Madaleno:

Historicamente, a guarda dos filhos na hipótese de separação dos pais foi considerada como custódia individual, maciçamente

<sup>53</sup>BARBOZA, Heloísa Helena. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **A família na travessia do milênio**: anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM; Del Rey, 2000, p. 204.

<sup>54</sup>BARBOZA, H. H. *Op. Cit.*, p. 205.

<sup>55</sup>Dizia o referido dispositivo: “Art. 326. Sendo o desquite judicial, ficarão os filhos menores com o cônjuge inocente”.

<sup>56</sup>Idem, *ibidem*.

<sup>57</sup>GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 158.

outorgada à mãe, salvo raras e graves exceções capazes de afetar os interesses do menor. A preferência em favor da mãe para continuar com a custódia dos filhos na separação dos pais era tida como razoável para o contexto social e familiar existente em um período em que a mulher não trabalhava e costumava ter tempo para poder se dedicar inteiramente ao lar e aos filhos, sendo deferido ao pai a faculdade de ver seus filhos. Outro fator favorável à guarda materna decorria da idade dos filhos, pois era entendido que sendo pequenos, tinham maior necessidade e dependência da mãe.<sup>58</sup>

Vê-se que a atribuição de guarda à mãe era quase que incondicional, por uma cultura patriarcal. Entendia-se que a mulher tinha melhores aptidões à criação dos filhos pelo simples fato de ser do sexo feminino. Esta suposta observação do melhor interesse da criança, em verdade, não quebrava o paradigma familiar da época, em que o pai detém o poder sobre os demais membros, a mulher sendo submissa e os filhos quase que objetos de direito.

Perceba-se que havia dois tratamentos para a criança e o adolescente, sempre na perspectiva de que são incapazes (absoluta ou relativamente). O direito pressupõe que devem estar sob os cuidados dos pais, devem ter suas vidas determinadas por eles na medida em que são incapazes de decidirem por si mesmos. Ou, melhor dizendo, estão sob os poderes do pai, apenas estando sob o poder materno quando há impossibilidade de o “chefe da família” exercê-lo, seja por ser falecido ou incapaz de exercer os poderes inerentes à paternidade, seja por não ser uma família nos moldes da legitimidade. “Considerada, ainda, a questão hierárquica, à mulher foi relegado o ‘pátrio poder’ sobre os ‘filhos de segunda categoria’. Para estes a quem a família legítima não podia dar guarida, o ‘pátrio poder’ era atribuído à mulher”<sup>59</sup>. Como última instância, não havendo pai ou mãe hábeis a exercer o poder para instruir a prole, aí entrava o Estado, a fim de corrigir a situação irregular do menor.

Verdade era que o Estado buscava não se imiscuir na intimidade das famílias, onde imperava o pátrio poder e o poder marital. Verifica-se uma relativa

---

<sup>58</sup> MADALENO, R. *Op. Cit.*, p. 423.

<sup>59</sup> SILVA, Marcos Alves da. **Do pátrio poder à autoridade parental**: repensando fundamentos jurídicos da relação entre pais e filhos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 51.

“imunidade” da família. Segundo Pietro PERLINGIERI, descrevendo esta imunidade familiar em crítica à sua aplicação no atual ordenamento constitucional italiano

“Imunidade” significaria uma tendencial subtração das vicissitudes internas da família ao controle do Estado: o poder normativo do ordenamento jurídico, a sua força de afirmação dos valores sobre os quais se funda, paralisar-se-ia diante da família, vista como comunidade autônoma, em um certo modo portadora de uma própria subjetividade, corpo separado, ordenamento finalizado a si mesmo, originário em relação ao Estado.<sup>60</sup>

Por outro lado, não era qualquer família que gozava desta imunidade, tendo em vista que o Estado visualizava a “situação irregular de menores” sempre que a família estivesse em situação de pobreza ou miserabilidade. Apenas as famílias com certa condição econômica contavam com a verdadeira proteção da intromissão estatal, tendo o *pater* alto grau de arbitrariedade em face de seus filhos.

A Constituição de 1988 representou uma nova virada no regime jurídico destinado à infância, ao inaugurar a chamada “Doutrina da Proteção Integral”. Preleciona Tânia da Silva PEREIRA que por esta doutrina, “a população infanto-juvenil, em qualquer situação, deve ser protegida e seus direitos, garantidos, além terem [sic] reconhecidas prerrogativas idênticas às dos adultos”<sup>61</sup>.

A Constituição passou a prever em seu texto, no seu art. 227:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Posteriormente, como forma de confirmação a esta nova sistemática, o Brasil ratificou a Convenção dos Direitos da Criança de 1989, trazida ao

<sup>60</sup>PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2007, p. 248.

<sup>61</sup>PEREIRA, T. da S., *op. cit.*, p. 14.



ordenamento jurídico interno pelo Decreto n.º 99.710/1990, e editou a Lei n.º 8.069/1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim, consagrou uma nova lógica, com estabelecimento de direitos e princípios dotados de jusfundamentalidade, por estarem previstos constitucionalmente, e minuciosa regulamentação infraconstitucional.

Percebeu-se que a criança e o adolescente não eram objetos de tutela, mas sim sujeitos de direito com igual dignidade aos adultos. Não é um “meio sujeito” ou um “sujeito incompleto”, apenas alguém com maturidade incompleta, com personalidade em formação, mas digno de ter seus direitos atendidos, para que venha a adquirir pleno desenvolvimento. Gustavo TEPEDINO afirma que uma série de dispositivos do Estatuto “determina a proteção da criança e do adolescente, assegurando espaços de autonomia – na medida em que adquirem aptidão psíquica – necessários à tomada de determinadas decisões relativas à sua própria vida”<sup>62</sup>.

Ou seja, criança e adolescente é alguém em desenvolvimento, que deve ser respeitado conforme seu estágio de formação. Abandonou-se a antiga designação “menor”, por trazer alta carga negativa do sistema antanho, de um ser incapaz de decidir por si próprio, que era mero objeto de poder, dos pais ou, se estes se mostrarem inaptos, do Estado.

A tutela destinada à infância e juventude é diversa, não mais apenas repressiva, mas também preventiva. Destina-se não apenas cuidados à “situação irregular” (designação que se imputava à criança), mas se busca a melhoria das condições de vida para qualquer criança e adolescente, com políticas públicas e conscientização que se tratam de sujeitos de direitos dignos de especial proteção. Neste sentido, afirma Alberto Gosson JORGE JÚNIOR:

Parece-nos importante enfatizar que o enfoque foi radicalmente alterado. De um arcabouço legislativo voltado para a *correção*, passou-se para uma visão *holística* na maneira de se encarar as questões atinentes ao menor, buscando-se formas de se remediar ou ao menos minimizar as *causas* que se encontram nas raízes dos problemas. Antes que a infração ocorra, tenta-se evitar as causas que possam permiti-la. E mesmo na situação de desconformidade, percebe-se que o legislador lança mão de instrumentos mais

---

<sup>62</sup> TEPEDINO, Gustavo. A tutela constitucional da criança e do adolescente: projeções civis e estatutárias. In: \_\_\_\_\_. **Temas de direito civil**: tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 213.

abrangentes na tentativa de solucionar o problema, de que são exemplos os mecanismos para acompanhamento e tratamento dos pais ou do responsável do menor.<sup>63</sup>

Este novo regime baseado na Doutrina da Proteção Integral tem alguns princípios que podem ser considerados regentes, a saber, a proteção integral, o melhor interesse da criança e a prioridade absoluta. Mas, antes de adentrarmos numa tentativa de delineamento de conceituação e efeitos destes princípios, faz-se necessário retomar algumas ideias trazidas no capítulo anterior, que transformaram o direito de família e permitem pensar o direito da criança e do adolescente como um ramo autônomo. Referimo-nos às noções de constitucionalização, repersonalização e descodificação; nesta última, cabe destacar o papel dos microssistemas.

### 3.3 O DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E O ORDENAMENTO JURÍDICO

A constitucionalização do direito civil representa uma grande mudança de paradigma no direito infanto-juvenil. Não apenas inseriu em seu texto direitos próprios a esta categoria de vulneráveis, o que se denominou “doutrina da proteção integral”, como também destacou as suas normas do tratamento constitucional dado à família. Percebe-se uma autonomia dada ao tema, o que representa, de certa forma, que a criança e o adolescente são merecedores da proteção integral, independentemente de estarem no que outrora se denominou de “situação irregular” ou não.

Estando a Constituição no centro do ordenamento, seus princípios emanam e instruem a interpretação e a criação de normas setoriais, bem como as próprias regras constitucionais apresentam eficácia direta e inafastável, obrigando não só o Poder Público, mas também a família e a comunidade em que estão inseridas as crianças e adolescentes, sujeitos de especial proteção.

---

<sup>63</sup> JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. Guarda, tutela e adoção no estatuto da criança e do adolescente. Principais aspectos. In: **Revista de direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 5, jan./mar. 2001, p. 29.

E a valorização dada pela Carta Magna a este grupo de pessoas é decorrência do princípio maior da dignidade da pessoa humana. Trata-se de uma verdadeira especialização da tutela da pessoa humana, que encontra sua cláusula geral no artigo 1º, III, da Constituição.

Devemos ter presente a ideia de que o cuidado é um valor que informa nossas relações humanas e tem manifestações no direito. Cuidado representa uma complementariedade com a noção de justiça, na medida em que, conforme preleciona Leonardo BOFF, o ser humano é um-ser-com-os-outros, um ser que se relaciona, que é cuidado e que cuida.

A justiça e as virtudes para serem humanas precisam expressar o modo-de-ser singular do ser humano: ser individual que se faz virtuoso para com os outros, animal político vivendo sob o império de leis justas e de instituições. Em ambas, as esferas se realiza a justiça e vigoram as virtudes. Mas isso não basta, precisa revelar sua essência como um ser que nasceu do cuidado, tende naturalmente a cuidar e desejar ser cuidado. O cuidado impedirá que as virtudes se transformem em farisaísmo, as leis em legalismo e as instituições.<sup>64</sup>

O cuidado como valor jurídico apresenta diversas repercussões, dentre as quais uma cláusula geral de tutela às pessoas humanas<sup>65</sup>, em decorrência da sua natural vulnerabilidade diante das estruturas sociais. Mas há grupos que são especialmente vulneráveis, hipossuficientes, por conta de debilidades que lhes atingem, devendo o direito lhes destinar especial tutela diante de suas situações concretas. Para que haja igualdade material, não basta a cláusula geral de tutela,

<sup>64</sup> BOFF, Leonardo. Justiça e cuidado: opostos ou complementares? In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 11.

<sup>65</sup> Elimar SZANIAWSKI afirma haver no ordenamento brasileiro um direito geral da personalidade: “A Constituição brasileira, em vigor, edifica o direito geral de personalidade a partir de determinados princípios fundamentais nela inseridos, provenientes de um princípio matriz que consiste no *princípio da dignidade* da pessoa humana. Os princípios constitucionais, dispostos na Carta Magna, constituem o arcabouço da tutela da pessoa humana em nível constitucional, como um grande sistema de proteção do direito geral da personalidade. Tendo em vista a importância e a extensão do *princípio da dignidade da pessoa humana*, como princípio matriz, do qual irradiam todos os direitos fundamentais do ser humano, vinculando o poder público como um todo, bem como os particulares, pessoas naturais ou jurídicas e sendo o direito da pós-modernidade um direito que possui por destinatário final a pessoa humana, exercendo uma função social, todo o direito posto deve ser lido e interpretado à luz da Constituição, em especial, segundo os postulados do princípio da dignidade da pessoa humana”. (SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 120-121.)

mas são necessárias ações afirmativas e leis especiais para que se dê real proteção a estes grupos minoritários<sup>66</sup>.

A criança e o adolescente passaram a ser considerados a partir de sua condição de pessoas em desenvolvimento, havendo tratamento específico para lhes tutelar.

Neste sentido, também a descodificação tem seus efeitos nesse tratamento. Foi editado o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n.º 8.069/1990, trazendo todo um regramento próprio que veio consolidar a doutrina da proteção integral. Assim falam a professora e o promotor de justiça paranaenses Ildeara de Amorim DIGIÁCOMO e Murillo José DIGIÁCOMO:

O Estatuto da Criança e do Adolescente, portanto, vem em resposta à nova orientação constitucional e à normativa internacional relativa à matéria, deixando claro, desde logo, seu objetivo fundamental: a proteção integral de crianças e adolescentes.<sup>67</sup>

Os Códigos Civis, tanto o de 1916 como o de 2002, traduzem uma tradição patrimonialista e visando um indivíduo abstrato. O Estatuto quebrou com a tradição do Código, concentrando princípios e regras próprios para crianças e adolescentes. É bem verdade que o “novo” Código, trouxe inovações no direito de famílias, que eram principalmente adaptações do antigo projeto da década de 1970 à Carta Magna de 1988, mas isto não retira a importante função do Estatuto.

Veja-se que o Estatuto, em verdade, visa dar um tratamento a crianças e adolescentes. Anteriormente, havia a dualidade entre crianças “regulares” (inseridas em um seio familiar) e “em situação irregular”. Agora, a Lei n.º 8.069 passou a destinar a todas a proteção integral.

Não tem a pretensão de completude, mas tem, sim, o intuito de trazer normas próprias ao estágio de desenvolvimento em que se encontram crianças e adolescentes. Ou seja, não visa esgotar toda a regulamentação, mas visa irradiar

---

<sup>66</sup> “O movimento pela igualdade material, que já se delineava nas leis especiais e nos julgados, foi coroado pela Constituição Federal de 1988 que, ao estabelecer a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do estado democrático de direito, assegurou-lhe tutela integral, mediante cláusula geral como assinalado, mas sobretudo criando os instrumentos de sua efetivação, de modo expresso ou implícito”. (BARBOZA, Heloísa Helena. O princípio do melhor interesse do idoso. In: PEREIRA, T. da S.; OLIVEIRA, G. de (coord.). *Op. cit.*, p. 59).

<sup>67</sup> DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ildeara de Amorim. **Estatuto da criança e do adolescente anotado e interpretado**. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, 2010, p. 11

seus princípios e vetores interpretativos às demais leis. Não há mais um “desenho global” codificado. Cabe trazer as palavras de Pietro PERLINGIERI:

Falar de descodificação relativamente ao Código vigente não implica absolutamente a perda do fundamento unitário do ordenamento, de modo a propor a sua fragmentação em diversos microordenamentos e em diversos microssistemas, com ausência de um desenho global. Desenho que, se não aparece no plano legislativo, deve ser identificado no constante e tenaz trabalho do intérprete, orientado a detectar os princípios constantes na legislação chamada especial, reconduzindo-os à unidade, mesmo do ponto de vista de sua legitimidade. O respeito aos valores e aos princípios fundamentais da República representa a passagem essencial para estabelecer uma correta e rigorosa relação entre poder do Estado e poder dos grupos, entre maioria e minoria, entre poder econômico e os direitos dos marginalizados, dos mais desfavorecidos.<sup>68</sup>

Ou seja, os valores e princípios fundamentais, que são emanados da Constituição, servem como uma unificação do tratamento, como princípios regentes, dos quais o Estatuto serve como uma concretização infraconstitucional. Convivem ao mesmo tempo muitas normas de diversas fontes sobre o direito da criança e do adolescente, com centro normativo na Carta Magna.

Feitas estas observações, devemos estabelecer quais são os princípios regentes do direito da criança e do adolescente, para então adentrar no tema da adoção propriamente dito.

### 3.4 NOTAS DISTINTIVAS DE REGRAS, PRINCÍPIOS E VALORES

Tentar fazer uma enumeração taxativa de princípios aplicáveis seria uma tarefa hercúlea e, até certo ponto, desnecessária, tendo em vista que não há um rol exaustivo, apontando os diversos doutrinadores listas com enumerações diversas,

---

<sup>68</sup>PERLINGIERI, P. *Op. Cit.*, p.6.

além de muitas vezes os significados atribuídos a cada princípio serem diversos, sendo difícil precisar exatamente qual seria o conteúdo de cada um.

No entanto, não podemos nos furtar de abordar o tema. Isto porque é crescente o reconhecimento da necessidade dos valores dos princípios, sendo inviável um sistema formado unicamente por regras.

Assim, assumimos a tarefa, não sem riscos de não dar uma abordagem suficientemente adequada.

Para iniciar a exposição de tópico, trazemos a diferença entre valores, princípios e regras. Inicialmente, destaque-se que os dois últimos são considerados normas jurídicas pela doutrina mais atual. Sem adentrar nos longos debates sobre o tema, trazemos o entendimento de Ana Paula de BARCELLOS, que aponta sete critérios de distinção entre ambas as categorias de norma.

O primeiro é o de conteúdo: os princípios estariam mais próximos das noções de valor e de direito, formando uma “exigência da justiça, da equidade ou da moralidade”, enquanto que regras teriam “um conteúdo mais diversificado e não necessariamente moral”<sup>69</sup>;

O segundo é o de origem e vitalidade: a validade dos princípios decorreria “de seu próprio conteúdo”, enquanto a das regras derivaria de outras regras ou princípios, de modo que seria “possível identificar o momento e a forma como determinada regra tornou-se norma jurídica”<sup>70</sup>;

O terceiro é o de compromisso histórico: para alguns, os princípios seriam em certa medida “universais, absolutos, objetivos e permanentes”, enquanto regras se caracterizariam “pela contingência e relatividade de seus conteúdos, dependendo do tempo e lugar”<sup>71</sup>;

O quarto é o de função no ordenamento: princípios teriam “uma função explicadora e justificadora em relação às regras”, eles confeririam unidade e ordenação ao condensarem uma “grande quantidade de informação de um setor ou de todo o ordenamento jurídico”<sup>72</sup>;

---

<sup>69</sup>BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 51-52.

<sup>70</sup>BARCELLOS, A. P. de. *Op. Cit.*, p. 52.

<sup>71</sup>Idem, *ibidem*.

<sup>72</sup>Idem, p. 52-53.

O quinto é o de estrutura linguística: os princípios seriam mais abstratos, não descrevendo condições necessárias à aplicação, enquanto que regras permitiriam identificar as hipóteses de aplicação;

O sexto é o de esforço interpretativo exigido: os princípios demandariam “uma atividade argumentativa muito mais intensa, não apenas para precisar seu sentido, como também para inferir a solução que ele propõe para o caso” <sup>73</sup>, enquanto regras teriam uma aplicação burocrática e técnica;

Por fim, o último é o de aplicação: regras se aplicariam no modelo de “tudo ou nada”, sendo válidas ou inválidas, enquanto que “princípios determinam que algo seja realizado na maior medida do possível, admitindo uma aplicação mais ou menos ampla de acordo com as possibilidades físicas e jurídicas existentes” <sup>74</sup>;

Por sua aplicação mais ampla, os princípios podem ser informadores de todo o ordenamento ou de determinados setores, sendo por isto importante seu estudo.

Valores, por sua vez, apresentam uma conceituação mais difícil. Como assevera PERLINGIERI, o “valor é unitário, os seus aspectos são múltiplos: políticos, sociológicos, filosóficos, jurídicos”, sendo um resultado da aplicação de um “critério sincrético, devido a tantos aspectos, todos eles concorrentes”. Mas assevera que “existe somente um critério ao qual o jurista pode e deve fazer referência: o dado normativo, expressão e síntese da multiplicidade dos critérios que tendem a individualizar o valor” <sup>75</sup>. A realidade não deixa de emitir seus valores próprios, que nem sempre estão em conformidade com a realidade normativa.

Quanto mais o ordenamento jurídico se identifica ou tende a se identificar com aquele social, político, econômico, tanto mais a identificação do valor fundado no critério normativo será conforme a realidade efetiva. Quanto mais o dado normativo souber se adequar à realidade social, tanto mais a realidade se apresentará de forma homogênea e unitária. Isso, talvez, não aconteça jamais, por causa da contínua evolução do direito em relação à sociedade. É preciso, de todo modo, ter consciência e escolher, pelo menos como linha de

---

<sup>73</sup>Idem, p. 54.

<sup>74</sup>Idem, p. 55.

<sup>75</sup>PERLINGIERI, P. *Op. Cit.*, p. 30.

tendência, a contínua, constante adequação da realidade social e econômico-política à realidade jurídica e vice-versa.<sup>76</sup>

Assim, se vê que os valores podem ou não ser dotados de juridicidade e os que o forem devem, na medida do possível, corresponder aos valores contidos no substrato social quando os últimos forem desejáveis, ou então influenciarem os valores sociais quando forem censuráveis.

A aceitação de valores como jurídicos tem importantes consequências. Uma apontada por PERLINGIERI é de que a jurisprudência dos valores seria mais “idônea a realizar, melhor do que qualquer outra, a funcionalização das situações patrimoniais àquelas existenciais, reconhecendo a estas últimas, em atuação dos princípios constitucionais, uma indiscutida preeminência”<sup>77</sup>.

Mas qual seria a diferença entre princípios e valores, se ambos são considerados com valor jurídico? Trazemos o entendimento do mestre argentino Ricardo Luís LORENZETTI:

Os princípios jurídicos [...] são imediatamente deônticos, visto que estabelecem comando, proibições e permissões, o que não ocorre com os valores. O modo de interpretar estes últimos é igualmente mediante um juízo de ponderação, destinado a estabelecer ‘seu peso’ no caso concreto.<sup>78</sup>

O valor poderia ser considerado como um elemento superior que é deduzido do conjunto de normas ordenadas, mas que depois é utilizado em um juízo comparativo. Segundo LORENZETTI, deve também ser aplicado por um juízo de ponderação.

O critério de distinção entre ambos poderia ser um interessante instrumental de trabalho, mas a doutrina brasileira não apresenta um tratamento unânime quanto ao que seja princípio ou valor. A título de exemplo, Rodrigo da Cunha PEREIRA trata a afetividade como princípio e valor. Buscar dar um rigor à matéria fugiria muito

---

<sup>76</sup>Idem, p. 31.

<sup>77</sup>Idem, p. 32.

<sup>78</sup>LORENZETTI, Ricardo Luís. **Fundamentos de direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 287.



aos escopos da pesquisa, pelo que trataremos princípios e valores como conceitos próximos, senão sinônimos.

Feitas estas considerações, prévias, vamos tratar dos princípios e valores aplicáveis ao direito da criança e do adolescente, sem fazer distinções entre ambos..

### 3.5 PRINCÍPIOS E VALORES INFORMADORES DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O primeiro princípio e valor a ser tratado é o da dignidade da pessoa humana. Tido como um dos fundamentos da República, por previsão constitucional no artigo 1º, III, serviu para que a doutrina civilística estabelecesse uma defesa da cláusula geral de tutela da pessoa humana como um “princípio-guia” reunificador<sup>79</sup>. Ocorre que há grande dificuldade em definir seu conteúdo exato.

Propõe Maria Celina Bodin de MORAES, a partir da formulação teórica de Immanuel Kant um substrato jurídico. O filósofo distinguia o preço (*preis*) e a dignidade (*Würden*). “Enquanto o preço representa um valor exterior (de mercado) e manifesta interesses particulares, a dignidade representa um valor interior (moral) e é de interesse geral. As coisas têm preço; as pessoas, dignidade”<sup>80</sup>. Por conta disto, diz a autora, o homem jamais poderia ser pensado como meio para chegar a quaisquer fins. O Direito reconheceria ao homem uma “dignidade” própria.

O substrato material da dignidade desse modo entendida pode ser desdobrado em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros sujeitos iguais a ele, ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado.

<sup>79</sup>MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 108.

<sup>80</sup>MORAES, M. C. B. de. *Op. Cit.*, p. 115.

São corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica –, da liberdade e da solidariedade. [...]

...o objetivo a ser alcançado, já está determinado, *a priori*, em favor do conceito da dignidade humana. Somente os corolários, ou subprincípios em relação ao maior deles, podem ser relativizados, ponderados, estimados. A dignidade, do mesmo modo como ocorre com a justiça, vem à tona no caso concreto, quando e se bem feita aquela ponderação.<sup>81</sup>

Segundo MORAES, do princípio (ou valor) maior da dignidade da pessoa humana decorrem quatro princípios: igualdade, integridade psicofísica, liberdade e solidariedade. Sobre o primeiro, assevera a autora que não deve ser contemplado apenas sob o aspecto da igualdade formal, mas também da chamada “igualdade substancial”, havendo um direito à diferença<sup>82</sup>. Sobre o segundo, a autora destaca que vem servindo à garantia de inúmeros direitos da personalidade, bem como a um “direito à existência digna”, entendido como um mínimo à subsistência. Quanto ao terceiro, destaca a existência de uma autonomia privada, uma liberdade com limitações que “passam a contribuir para a identificação da função dos institutos jurídicos”<sup>83</sup>, tal como se dá na autoridade parental e seu exercício. Por fim, quanto ao último, a professora da UERJ menciona “o conceito dialético de ‘reconhecimento’ do outro”<sup>84</sup> e a “igual dignidade social”<sup>85</sup>.

O princípio da dignidade da pessoa humana leva à já mencionada cláusula geral de tutela dos direitos da personalidade, inspirada pelo valor jurídico do cuidado. Conforme assevera Eroulths CORTIANO JÚNIOR, o direito geral de personalidade pode ser justificado “na falência do ideal positivista como também na infinita possibilidade de desenvolvimento da personalidade humana (o que acarreta

---

<sup>81</sup> Idem, p. 119.

<sup>82</sup> “Esta idéia parte do princípio de que, em lugar de se reivindicar uma ‘identidade humana comum’, é preciso que sejam contempladas, desde sempre, as diferenças existentes entre as pessoas, evidência empírica que pode ser facilmente comprovada...” (Idem, p. 121.)

<sup>83</sup> Idem, p. 137.

<sup>84</sup> Idem, p. 141.

<sup>85</sup> “O princípio constitucional da solidariedade identifica-se, desse modo, com o conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolva como livre e justa, sem excluídos e marginalizados.” (Idem, p. 142).

infinitas possibilidades de ofensas)”<sup>86</sup>. Mas não se resume a isto. Como se verifica dos princípios decorrentes enumerados por MORAES, há uma igualdade, que não deve ser apenas formal (embora este aspecto seja muito importante, como se viu na consagração da igualdade de estatutos dada às filiações de diferentes origens), mas também material. Ou seja, deve se levar em conta a condição de crianças e adolescentes como pessoas em estágio de desenvolvimento. Por conta disto, teve lugar a doutrina da proteção integral.

A esta doutrina se aplica o que diz FONSECA sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente: “amolda-se sobre quatro orientações: o asseguramento dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, os princípios do melhor interesse [da criança], da proteção integral e da prioridade absoluta”<sup>87</sup>. Quanto aos direitos fundamentais, cabe destacar que crianças e adolescentes possuem, por sua peculiar condição de pessoas em desenvolvimento, além dos direitos fundamentais de todas as pessoas, aqueles que lhes são conferidos para especial proteção.

Quanto ao melhor interesse da criança, inicialmente cabe asseverar que, apesar do nome, se aplica desde sua origem normativa também a adolescentes<sup>88</sup>. É um princípio com alta carga valorativa, mas baixa densidade regulamentadora. Rodrigo da Cunha PEREIRA afirma que tem “estreita relação com os direitos e garantias fundamentais da criança e do adolescente”<sup>89</sup>. É um elemento discursivo muito utilizado em litígios de guarda de filhos e para fundamentar decisões em diversos sentidos. Mas, neste sentido, cabe destacar uma importante função do melhor interesse, que é, na opinião de Emilio Garcia Mendez e Mary Beloff trazida por Tânia da Silva PEREIRA, um princípio com “caráter interpretativo”<sup>90</sup>. Neste sentido, Sávio BITTENCOURT traz um relevantíssimo vetor interpretativo, uma regra

---

<sup>86</sup> CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 47.

<sup>87</sup> FONSECA, A. C. L. da. *Op. Cit.*, p. 22.

<sup>88</sup> O princípio do melhor interesse da criança é previsto no artigo 3.1 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança. Ocorre que o artigo 1 da mesma Convenção considera criança “todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes”. Assim, a criança da Convenção, a quem está destinada a consagração de seu melhor interesse, equivale à criança e ao adolescente estatutários. Desta forma, pode se dizer simplesmente “melhor interesse da criança” sem estar se reduzindo seu escopo protetivo, por expressa previsão normativa.

<sup>89</sup> PEREIRA, R. da C. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 151.

<sup>90</sup> PEREIRA, T. da S. O princípio do “melhor interesse da criança” no âmbito das relações familiares. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 213.

de julgamento e mesmo de orientação de políticas públicas: quando os interesses das crianças entrarem em conflito com os de adultos, sempre os primeiros serão “juridicamente mais valioso[s] que os demais envolvidos na questão”<sup>91</sup>, pois está “em um patamar de superioridade jurídica, quando seus interesses colidem com os de pessoas adultas”<sup>92</sup>. Por esta diretriz valorativa, os interesses infanto-juvenis sempre contarão com uma preeminência em relação a qualquer outro que entre em rota de colisão. Por outro lado, também serve como orientação aos poderes concedidos em relação à criança, como a autoridade parental, a guarda e a tutela, demandando o seu exercício em benefício desta e não em proveito próprio. Isto porque se trata de preceito fundamental cuja eficácia se estende ao Poder Público e aos privados.

Quanto ao princípio da prioridade absoluta, importa dizer, com KREUZ, que “se sobrepõe a outras prioridades estabelecidas pelo legislador, como é o caso daquela conferida às pessoas idosas ou aos cidadãos portadores de necessidades especiais, entre outras”<sup>93</sup>. Liga-se intimamente, no âmbito familiar, ao princípio da paternidade responsável<sup>94</sup>, pois os pais devem sempre dar prioridade aos interesses da prole (o que não significa sempre atender suas vontades). O Poder Público, por sua vez, está obrigado a editar novas e realizar em grau satisfatório as já previstas políticas públicas destinadas a efetivar os direitos e garantias fundamentais de crianças e adolescentes em grau de urgência, antes mesmo de fazê-las em favor de outras categorias vulneráveis, como os consumidores ou os idosos<sup>95</sup>. Especial densificação do princípio é o princípio de brevidade do acolhimento, que é, dada a necessidade de acompanhamento judicial, uma peculiar manifestação do princípio da razoável duração do processo<sup>96</sup> e da instrumentalidade<sup>97</sup>. É impositiva a

<sup>91</sup>BITTENCOURT, S. *Op. Cit.*, p. 48.

<sup>92</sup>Idem, p. 38.

<sup>93</sup> KREUZ, S. L. *Op. Cit.*, p. 70.

<sup>94</sup> “A paternidade é mais que fundamental para todos nós. Ela é fundante do sujeito. A estruturação psíquica dos sujeitos se faz e se determina a partir da relação que ele tem com seus pais. Eles devem assumir os ônus e bônus da criação dos filhos, tenham sido planejados ou não. Tais direitos deixaram de ser apenas um conjunto de competências atribuídas aos pais, convertendo-se em um conjunto de deveres para atender ao melhor interesse do filho, principalmente no que tange a convivência familiar.” (PEREIRA, R. da C. *Op. Cit.*, p. 245.)

<sup>95</sup> “Não se trata, porém, de qualquer prioridade, mas de *prioridade absoluta*, o que significa que se sobrepõe a outras prioridades estabelecidas pelo legislador, como é o caso daquela conferida às pessoas idosas ou aos cidadãos portadores de necessidades especiais, entre outras”. (KREUZ, S. L. *Op. Cit.*, p. 71.)

<sup>96</sup> Neste sentido afirma FONSECA: “A prioridade absoluta também se traduz na celeridade que se deve imprimir aos feitos de interesse de crianças e adolescentes” (FONSECA, A. C. L. da. *Op. Cit.*, p. 21). Luiz Guilherme MARINONI esclarece que o tempo do processo pode significar uma tutela

celeridade em qualquer procedimento envolvendo crianças e adolescentes, pois para estas pessoas a ação do tempo é muito mais sensível<sup>98</sup>.

Quanto à proteção integral, significa que devem ser protegidos quando estiverem em situação de risco, mas também ser assegurados seus direitos fundamentais. Trata-se de uma tutela não apenas repressiva, mas principalmente preventiva da violação aos direitos fundamentais e também de sua preservação<sup>99</sup>. É um princípio intimamente ligado ao valor jurídico do cuidado e ao princípio da solidariedade, pois há um resgate do “paradigma do ‘modo-de-ser-cuidado’ [que] impõe-se em razão do caráter destrutivo do anterior, que se encontra em fase de esgotamento”<sup>100</sup>. Uma aplicação dada por José Luiz Mônaco da Silva, mencionado por JORGE JÚNIOR, é a não-taxatividade das hipóteses de colocação em família substituta:

Este dispositivo tem sido considerado pela doutrina como a consagração do princípio que a inserção em família substituta independerá dele se encontrar em situação *regular* ou *irregular* perante a ordem jurídica, sendo considerada uma ruptura com o sistema anterior que se voltava para a criança ou o adolescente enquadrados nesta última condição.

---

inefetiva: “O direito à duração razoável exige um esforço dogmático capaz de atribuir significado ao tempo processual. A demora para a obtenção da tutela jurisdicional obviamente repercute sobre a efetividade da ação. Isso significa que a ação não pode se desligar da dimensão temporal do processo ou do problema da demora para a obtenção daquilo que através dela se almeja” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 224).

<sup>97</sup> Princípio pelo qual o “processo deve cumprir seus escopos jurídicos, sociais e políticos, garantindo: pleno acesso ao Judiciário, **utilidade dos procedimentos e efetiva busca da justiça** no caso concreto”. (PORTANOVA, Rui, **Princípios do processo civil**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 48; **grifou-se**.)

<sup>98</sup> Mormente quando está envolvida a medida da institucionalização no processo. Neste sentido, KREUZ: “Por melhor equipada que seja uma instituição, sob o aspecto físico e humano, o longo tempo de acolhimento, além de produzir o esfacelamento dos laços familiares (com a família biológica), prejudica sua estimulação, priva a criança do convívio social, retardando a socialização e o seu desenvolvimento” (KREUZ, S. L. *Op. Cit.*, p. 54).

<sup>99</sup> “Além de terem direitos equivalentes, ainda foram contemplados com regras especiais, não para protegê-los, quando estiverem em situação de risco, de abandono, mas para lhes assegurar o direito à educação, ao lazer, à profissionalização, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, entre outras. O assistencialismo deve dar lugar a políticas de garantia, uma vez que a criança e o adolescente institucionalizados, de rua, são, antes, crianças e adolescentes vítimas de abandono, de maus-tratos, que não tiveram oportunidade de escolarização, de lazer, enfim, não tiveram as mesmas oportunidades de outros”. (Idem, p. 69).

<sup>100</sup> HAPNER, Adriana Antunes Maciel Aranha *et al.* O princípio da prevalência da família: a permanência do cuidar. In: PEREIRA, T. da S.; OLIVEIRA, G. de. *Op. Cit.*, p. 124.

Na afirmativa de José Luiz Mônaco da Silva, caso inexistisse esse dispositivo [o artigo 28 do ECA], a colocação em família substituta só seria possível se o menor estivesse enquadrado em uma das hipóteses do art. 98, o que não ocorre, pois, ainda que ele não se insira em nenhum desses incisos (do art. 98) a colocação em família substituta será possível, só que perante as varas de família.<sup>101</sup>

Ademais, os pais estão obrigados a cuidar de seus filhos. O afeto tem valor jurídico, por ser elemento estruturante e gerador de efeitos. “Para que haja uma entidade familiar, é necessário um especial ou, mais precisamente, afeto familiar, que pode ser conjugal ou parental”<sup>102</sup>. O princípio da afetividade está na base da família contemporânea, por conta de sua função de realização de cada um de seus membros. É decorrência do princípio da solidariedade que os pais cuidem de seus filhos, porque o “cumprimento de funções paternas e maternas, por outro lado, é o que pode garantir uma estruturação biopsíquica saudável de alguém”<sup>103</sup>. Não há um dever de amor, pois isto a amar não podem ser compelidos pelo direito, mas há um dever de cuidado, que significa “garantir às crianças e aos adolescentes condições de desenvolvimento físico e emocional adequado, que lhes permita, inclusive, o sentimento de fazer parte de uma família”<sup>104</sup>. Quando descumprido este dever de cuidado, aí se faz necessária a intervenção estatal, que deve ser realizada no interesse das crianças e dos adolescentes envolvidos.

Por fim, como mencionado, a proteção dos direitos fundamentais peculiares de crianças e adolescentes enquanto pessoas em desenvolvimento é elemento norteador, como já destacado. Dentre eles, destacamos o direito fundamental à convivência familiar.

Lançados estas bases, entramos finalmente no tema da adoção.

---

<sup>101</sup> JORGE JÚNIOR, A. G. *Op. Cit.*, p. 34.

<sup>102</sup> PEREIRA, R. da C. *Op. Cit.*, p. 211.

<sup>103</sup> *Idem*, p. 216.

<sup>104</sup> HAPNER, A. A. M. A. *et al. Op. Cit.*, p. 138.

## 4 ASPECTOS JURÍDICOS DA ADOÇÃO

### 4.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A ADOÇÃO NO TEMPO

A adoção é o instituto que liga o adotado à família do adotante, para todos os efeitos jurídicos, e o desliga de sua família de origem, exceto no que se refere a impedimentos matrimoniais, por meio de um processo judicial. Ao contrário da filiação dita natural, o direito não apenas chancela um vínculo biológico, mas uma vontade de ser pai e/ou mãe. É a melhor forma de colocação em família substituta. Nas palavras de Jorge TRINDADE:

A adoção é o meio mais completo para recriar vínculos afetivos para a criança privada da família, ao mesmo tempo em que constitui um movimento humano ao encontro do outro, um gesto de amor e de solidariedade.<sup>105</sup>

Pelo regime atual, a adoção implica em vínculo do filho não apenas com o adotante, mas com a família adotiva, de modo irrevogável, de modo que até mesmo a morte dos adotantes não reestabelece o elo com a família original. Segundo LÔBO, “é ato jurídico em sentido estrito, de natureza complexa, pois depende de decisão judicial para produzir seus efeitos”<sup>106</sup>. Mas nem sempre foi assim.

O escopo do instituto já foi, outrora, o de dar filhos àqueles não os podiam ter naturalmente. Nos povos antigos e no direito romano, seu propósito era dar continuidade aos cultos domésticos<sup>107</sup>. Ao receber regulamentação sistemática no direito brasileiro, ele deixou de ter este elemento religioso como nota principal, mas representava ainda assim os interesses daqueles que não podiam ter filhos. A tutela jurídica se destinava a consagrar o direito a uma criança<sup>108</sup>. Por muito tempo,

---

<sup>105</sup> TRINDADE, Jorge. **Manual de psicologia jurídica para operadores do direito**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 339.

<sup>106</sup> LÔBO, P. L. N. **Direito civil**: famílias, p. 273.

<sup>107</sup> PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de direito privado**: parte especial, tomo IX: Direito de família: direito parental, direito protetivo. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, s.d., p. 177-179.

<sup>108</sup> Neste sentido, afirma Pontes de Miranda: “Aliás, seu fim é mesmo restrito. Filosófica, histórica e tecnicamente, a adoção representa a *fictio iuris* para os casos excepcionais: o remédio consolatório, como dizia Teixeira de Freitas”. (PONTES DE MIRANDA, F. C. *Op. Cit.*, p. 180.)

adotando a inspiração da fórmula romana, a doutrina afirmava que a adoção seria uma “ficção jurídica”<sup>109</sup>, expressão que ignora que o substrato afetivo é o principal elemento de uma relação paterno-filial, não o elo biológico.

Não era um instituto bem visto por doutrina ou mesmo pela lei. A adoção era enxergada e tratada como uma filiação de “segunda classe”. O direito brasileiro, inicialmente, apenas permitia a adoção por aqueles que não tivessem filhos. Mesmo quando tal restrição deixou de existir, ainda assim os filhos adotivos tinham direitos mais restritos do que os ditos filhos legítimos ou os legitimados. Clara a manifestação do patriarcalismo, que chancelava apenas os filhos havidos sob o sagrado manto do matrimônio e buscava manter o patrimônio conquistado pela família dentro da mesma linhagem sanguínea<sup>110</sup>. Tamanho era o intuito de preservação do casamento que se justificava a idade de 50 anos para capacidade de adotar, por conta do possível desestímulo a ele que a adoção traria<sup>111</sup>.

Tal postura, de certa forma, ainda reverbera até os dias de hoje no imaginário social, que tem enormes receios quanto à adoção.

No entanto, entramos em outro momento histórico com a Constituição de 1988.

Como visto, o longo de sua história o direito brasileiro adotou três doutrinas em relação ao tratamento atribuído ao menor: doutrina do direito penal do menor; doutrina jurídica do menor em situação irregular e doutrina jurídica da proteção integral da criança e do adolescente.

---

<sup>109</sup> Para ficar em apenas um exemplo, trazemos a definição de adoção da famosa obra do ex-diretor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Antônio Chaves: “Podemos então defini-la (a adoção) como ato sinalagmático e solene, pelo qual, obedecidos os requisitos, alguém estabelece, geralmente com um estranho, um vínculo fictício de paternidade e filiação legítimas, de efeitos limitados e sem total desligamento do adotando da sua família de sangue” (CHAVES, Antônio. **Adoção**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 23. Grifou-se). Justiça seja feita, o autor não deixou de registrar e concordar com o pensamento de que “o filho por natureza ama-se porque é filho; o filho por adoção é filho porque se ama”, não ignorando o elemento afetivo. Mas a considerada “ficção” desta forma de filiação não deixa de fazer pensar que haja uma filiação “verdadeira”, que seria a biológica.

<sup>110</sup> “A família do Código Civil do começo do século era hierarquizada, patriarcal, matrimonializada e transpessoal, de forte conteúdo patrimonialista vez que colocava a instituição em primeiro plano: o indivíduo vivia para a manutenção e fortalecimento da instituição, que se caracterizava como núcleo de apropriação de bens nas classes abastadas.” (FACHIN, R. A. G. *Op. Cit.*, p. 8)

<sup>111</sup> “Ser maior de cinquenta anos, porque, se o legislador admitisse a adoção antes dessa idade, desviaria do casamento pessoas que desejam, por instinto paterno ou materno, dedicar-se a outras e fazê-las seus sucessores.” (PONTES DE MIRANDA, F. C. *Op. Cit.*, p. 181.)



A última, com verdadeiro escopo no desenvolvimento sadio de crianças e adolescentes, na situação de vulneráveis<sup>112</sup> que estão enquanto menores forem, adentrou em nosso ordenamento jurídico com a Constituição da República de 1988. Esta doutrina é a condizente com todo o plexo de valores contido e defendido em nosso ordenamento jurídico atual, com sua centralidade na dignidade da pessoa humana (o que, como visto anteriormente, é a dita repersonalização).

A adoção tem que ser enxergada sob as lentes dos princípios da proteção integral, da prioridade absoluta e do melhor interesse da criança e do adolescente. Vale dizer, não ser mais vista como um direito dos adultos a terem um filho, mas sim o direito da criança e do adolescente de ter uma família. Sua função precípua é a de dar pais a uma pessoa que não os tenha ou, nas palavras de Maria Berenice DIAS, “significa muito mais a **busca de uma família para uma criança**”<sup>113</sup>. Isto nada mais é do que uma interpretação conforme a Constituição, pois adultos que adotam com interesses egoístas tem menos probabilidade de cumprir o mandamento constitucional de colocar a criança e o adolescente “a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”, ou de garantir plenamente “o respeito, a liberdade e a convivência familiar e comunitária” (art. 227, *caput*).

A Constituição também é a responsável pela mudança do paradigma que tornava os filhos adotivos de “segunda classe”, com menos direitos, pois instituiu a plena igualdade da filiação independentemente da origem (art. 227, §6º), sendo todos igualmente merecedores de proteção dos pais (art. 229).

A Lei n.º 12.010/2009, chamada Lei Nacional de Adoção, que trouxe o atual regime do instituto, foi uma tentativa de dar efetiva proteção ao menor de idade retirado de um ambiente familiar incapaz de lhe dar condições adequadas de

---

<sup>112</sup> Na lição de Rolf Madaleno, vulnerável é “aquele que pode ser ferido física ou moralmente e bem assim no seu âmbito econômico” e se deve “na seara da família, assegurar a proteção dos interesses da prole, para evitar que situações de prepotência e autoritarismo causem situação de carência ou humilhação aos componentes mais vulneráveis desta relação familiar” (MADALENO, R. *Op. Cit.*, p. 47-48).

<sup>113</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 473. No mesmo sentido, Rolf MADALENO: “Os filhos adotivos já representaram uma forma de realização dos desejos para pessoas ou matrimônios sem descendência; com o advento da doutrina dos *melhores interesses das crianças e dos adolescentes*, também no instituto da adoção a prioridade deixou de ser a realização pessoal dos adotantes e passou a prestigiar os interesses superiores da criança e do adolescente, substancialmente integrando uma célula familiar, capaz de proporcionar efetiva felicidade ao adotado” (MADALENO, R. *Op. Cit.*, p. 604).

desenvolvimento. Entre acertos e erros, é este o instrumental com que temos que trabalhar.

Do ponto de vista prático, há diversas vozes que se levantam contra a morosidade que se imprime aos procedimentos de adoção, por diversos motivos, sendo este o tema central desta monografia, a ser exposto no derradeiro capítulo. No entanto, para que se possa fazer uma análise mais apurada destas críticas, é necessário antes passar pelas modificações sofridas pela adoção ao longo do tempo, o seu regime atual e, por fim, os procedimentos judiciais que envolvem a adoção.

#### 4.2 ADOÇÃO E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA<sup>114</sup>

A adoção era permitida pelas Ordenações Filipinas, que não teve a preocupação de regular adequadamente a matéria, rementendo ao direito romano e direito estrangeiro as questões que insurgissem. O instituto caiu em desuso, de tal modo que os autores da época, como Lafayette Rodrigues PEREIRA<sup>115</sup>, não tratavam dele em suas obras

A adoção veio receber tratamento sistemático no Brasil com o **Código Civil de 1916**, nos artigos 368 a 378. A adoção se dava por escritura pública, não admitindo condição ou termo (art. 375). Originalmente, previu-se que apenas os maiores de cinquenta anos e que não tivessem filhos naturais poderiam adotar (art. 368), não se desfazendo efeitos da adoção com a filiação superveniente do adotante (art. 377). Deveria haver entre adotante e adotado a diferença de pelo menos dezoito anos (art. 369). Ainda, sendo o adotando maior ou emancipado, deveria haver consentimento dos pais ou do tutor (art. 372). Podia-se romper a adoção bilateral ou unilateralmente, ou seja, com consentimento ou quando o pai rompesse

<sup>114</sup> Este item foi elaborado com base na seguinte bibliografia: PEREIRA, Tânia da Silva. Da adoção. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 125-140. LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado: direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 251-275. PERES, Ana Paula Ariston Barion. PERES, Ana Paula Ariston Barion. **A adoção por homossexuais: fronteiras da família na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 71-87. PONTES DE MIRANDA, F. *Op. Cit.*, p. 177-206.

<sup>115</sup> “Em observação ao §13º, Laffayette, considerando a adopção uma instituição obsoleta, deixou de tratar della.” (Nota constante na obra: PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de família**. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2004, p. 268.)

por ingratidão do filho (art. 374), não cabendo igual direito ao filho. Os direitos e deveres do parentesco natural, exceto o pátrio poder, não seriam extintos com a adoção (art. 378). O parentesco se limitava entre adotante e adotado (exceto quanto aos impedimentos matrimoniais) (art. 376). O adotado tinha direitos sucessórios, concorrendo com a prole legítima ou legitimada superveniente à adoção, salvo se já se tratava de filho concebido (art. 370), situação em que PONTES DE MIRANDA aponta se tratar de adoção nula. Em caso de falecimento anterior do adotado, caberia primeiramente a herança aos pais e depois, ainda que houvesse outros ao adotante (art. 1.609).

A **Lei n.º 3.133/57** reduziu a idade para 30, permitindo adoção por casais com pelo menos cinco anos de matrimônio (novo art. 368 do Código Civil de 1916). A diferença de idade entre adotante e adotado foi reduzida para dezesseis anos (novo art. 367). Estabeleceu a possibilidade de adoção de nascituro, que foi (e ainda é) muito controvertida. Também admitiu que o adotante já tivesse filiação, mas em havendo, o adotado não teria direitos sucessórios. (novo art. 377). Admitiu-se a adoção de apelidos do adotante pelo adotado (art. 2º da Lei).

A **Lei n.º 4.655/65** trouxe o instituto da legitimação adotiva (cabível para infantes de até sete anos ou, se maior, já submetido à guarda dos legitimantes), que passou a coexistir com a adoção simples. Permaneceu a idade mínima de 30 anos para o casal, podendo antes desta idade aqueles com cinco anos de casado se provada a esterilidade e a estabilidade conjugal. Dependia de decisão judicial com intervenção do Ministério Público. A sentença era definitiva e irrevogável, averbada no registro de nascimento em que não deveria constar o nome dos pais biológicos. Cessava o parentesco com a família natural.

O **Código de Menores** (Lei n.º 6.697/79) revogou a Lei n.º 4.655/65, fazendo a adoção simples do Código Civil de 1916 conviver com a adoção plena, que se dava nos moldes da legitimação adotiva, mas agora estendendo o vínculo à família do adotante, dando ao adotado inclusive o nome dos ascendentes do adotante, independente da anuência deles. A adoção aqui passou a ter “um caráter assistencialista, destinando-se ao menor em situação irregular”<sup>116</sup>.

A **Constituição de 1988** trouxe um novo paradigma para o direito de família e para o direito da criança e do adolescente, que, como já visto, entre outros efeitos,

---

<sup>116</sup> PERES, A. P. A. B. *Op. Cit.*, p. 72.

extinguiu a diferenciação da filiação pela origem, afirmando que a todos os filhos caberiam iguais direitos (CR/88, art. 226, §6º), vedando inclusive designações discriminatórias. Autores como Gustavo TEPEDINO<sup>117</sup> defendiam a revogação de dispositivos que discriminavam e negavam direitos aos filhos por adoção, tais como os arts. 337 e 1.605, 2º<sup>118</sup> do Código Civil de 1916, mesmo que permanecesse uma dualidade de regimes para adoção de maiores ou menores.

O **Estatuto da Criança e do Adolescente** (Lei n.º 8.069/1990), que revogou expressamente o Código de Menores e tem por base a doutrina da Proteção Integral, já influenciado pela nova Constituição), regulamentou a adoção de menores de 18 anos, instituindo para estes apenas a adoção plena, mantendo as regras do Código Civil para os adotandos maiores de idade. Estabeleceu a idade de 21 anos para ser adotante, ou seja, a maioridade civil à época, bem como a diferença de 16 anos entre adotante e adotando (art. 42, §3º). O Estatuto previu procedimentos comuns a todas as formas de colocação em família substituta (arts. 165 a 170). Condicionou a adoção por tutores e curadores à prévia prestação de contas (art. 44). Condicionou a adoção ao consentimento do representante da criança ou do adolescente (art. 45, *caput*), exceto quando os pais forem desconhecidos ou destituídos do poder familiar (art. 45, §1º). Preveu regras mais rígidas para a adoção internacional do que a adoção por residentes no Brasil.

A entrada de um **novo Código Civil** em vigor trouxe diversas dúvidas ao intérprete. A nova codificação transcreveu diversas regras do Estatuto da Criança e do Adolescente, deixou de transcrever outras e deixou diversas lacunas interpretativas. Eliminou em definitivo a adoção simples do ordenamento jurídico. Reduziu a idade para adotar para 18 anos (art. 1.618 original). Manteve a diferença de 16 anos entre adotante e adotado (art. 1.619 original). Determinou que a adoção obedeceria processo judicial com os requisitos previstos no Código (art. 1.623 original), mas deixou de prever quais seriam os requisitos, apenas prevendo a intervenção do Ministério Público (art. 1.623, parágrafo único, original). Manteve o condicionamento de prévia prestação de contas para tutores e curadores (art. 1.620

<sup>117</sup> “Desnecessário observar que o regime contemplado no Código Civil de 1916 – como, de resto, qualquer outro – sujeitava-se, antes e independentemente da promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, a um exame de conformidade com as normas constitucionais, o que levou, de fato, à não recepção dos arts. 337 e 1.605, §2º, que vedavam ou restringiam os direitos sucessórios do adotado”. (TEPEDINO, Gustavo. A igualdade constitucional dos filhos e dualidade de regimes de adoção. In: \_\_\_\_\_. **Temas de direito civil**: tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 308-309.)

<sup>118</sup> § 2º Ao filho adotivo, se concorrer com legítimos, supervenientes a adoção (art. 368), tocará somente metade da herança cabível a cada um destes.

original). Manteve a necessidade de anuência do representante legal, dispensando-a nos casos de menores expostos, com pais desconhecidos ou destituídos do pátrio poder (art. 1.624).

Por fim, a **Lei n.º 12.010/2009** trouxe diversas modificações, a serem vistas no próximo tópico.

#### 4.3 MODIFICAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI N.º 12.010/2009

Cabe fazer duas considerações iniciais. A um, cabe destacar que a Lei n.º 12.010, embora seja conhecida como Lei Nacional de Adoção ou Nova Lei de Adoção, em verdade tem objeto muito mais amplo, não modificando apenas esta forma de filiação civil, sendo mais apropriado dizer que ela é uma lei da convivência familiar, pois, conforme observa Sávio BITTENCOURT, trata “da situação da criança abrigada, da necessidade de reintegração familiar, dos papéis da magistratura e do ministério público, da facilitação do processo e, finalmente, da adoção”<sup>119</sup>. A dois, informamos que nesta parte seguiremos as explanações do Promotor de Justiça paulista Luiz Antonio Miguel FERREIRA<sup>120</sup>, limitando-se a descrever as modificações, deixando as observações críticas para o próximo capítulo.

A Lei n.º 12.010/2009 promoveu algumas atualizações e inovações terminológicas. Substituiu a designação já revogada no Código Civil de “pátrio poder” por “poder familiar”. Substituiu também a expressão “abrigo” por “acolhimento institucional” (ECA, art. 90, IV), também criando outra modalidade de acolhimento, o “acolhimento familiar”, preferencial ao primeiro (art. 34, §1º), devendo ser a medida preferencial enquanto não se encontra interessados na adoção da criança ou adolescente (art. 50, §11º). Trouxe ao Estatuto a figura da “família extensa ou ampliada”, estendendo o conceito de família para além do núcleo de pai, mãe e filhos (art. 25, parágrafo único), levando-se em conta os graus de afinidade e afetividade (art. 28, § 3º).

<sup>119</sup> BITTENCOURT, S. *Op. Cit.*, p. 33.

<sup>120</sup> FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. **Adoção**: guia prático doutrinário e processual: com as alterações da Lei n. 12.010 de 03/08/2009. São Paulo: Cortez, 2010, p. 34-48.

Tratando da proteção do nascimento no art. 8º do Estatuto, há a necessidade de assistência psicológica à gestante e à mãe, em período pré e pós-natal, tendo a nova Lei trazido o novo objetivo de evitar o estado puerperal (art. 8º, §4º). Possibilitou-se, também, a entrega do filho à adoção, devendo os hospitais e médicos encaminhar à Justiça da Infância e Juventude as gestantes e mães que manifestarem interesse nesta entrega (art. 13, parágrafo único), sob pena de responsabilização do médico, enfermeiro e dirigente do estabelecimento (art. 258-B).

A Lei também determinou a reavaliação periódica de crianças e adolescentes em acolhimento familiar ou instucional, a cada seis meses no máximo, por equipe interprofissional ou multidisciplinar (art. 19, §1º), tendo sido o estipulado o prazo máximo de dois anos, exceto quando houver comprovada necessidade para atender o interesse da criança ou do adolescente (art. 19, §2º). Impôs-se também a manutenção ou reintegração à família de origem como prioritária e preferencial em relação à colocação em família substituta (art. 19, §3º).

Impôs a oitiva de crianças e adolescentes pela equipe interprofissional na colocação em família substituta (art. 28, §1º), sendo inclusive o consentimento do adolescente indispensável para tal procedimento (art. 28, §2º).

Também estabeleceu a regra de que irmãos devem ser colocados na mesma família substituta, ressalvados situações que justifiquem a excepcionalidade, como no risco de abuso (art. 28, §4º).

Há a nova imposição de preparação prévia e acompanhamento posterior por equipe técnica para garantir a crianças e adolescentes o direito à convivência familiar (art. 28, §5º).

A preocupação com a identidade social e cultural de crianças indígenas e quilombolas ficou evidente, ao se buscar a recolocação dentro de sua comunidade ou membros de sua etnia. Em todo caso, sempre devendo haver intervenção da entidade pública indigenista (art. 28, §6º).

A guarda deferida para efeitos de adoção pode impedir a visitação pelos pais e o dever de prestar alimentos, o que também pode ocorrer em situações excepcionais em decisões fundamentadas pelo Judiciário. Mas, tirando estes casos, há a possibilidade de regulação específica de alimentos ou de visitas, a pedido do interessado ou do *Parquet* (art. 33, §4º). A Lei incentivou a colocação nesta forma de

família substituta (art. 34, *caput*), mas criou a necessidade de um cadastro<sup>121</sup> para que haja o controle do Programa de Acolhimento Familiar (art. 34, §2º).

Foi atualizada a idade para a pessoa colocada sob tutela de acordo com o Código Civil, para dezoito anos incompletos (art. 36, *caput*). Estabelece que o tutor nomeado pelos pais deverá ingressar com o pedido de controle judicial no prazo de trinta dias (art. 37, *caput*). Ainda, que se observará os requisitos dos artigos 28 e 29 do ECA (ou seja, sobre consentimento do tutelado, grau de parentesco, relação de afetividade e afinidade, grupos de irmãos, ambiente familiar adequado e a questão de crianças indígenas e quilombolas) e só se deferirá a tutela se for comprovada a real vantagem à criança e ao adolescente e se não houver comprovadamente pessoa com melhor condições de assumi-la (art. 37, parágrafo único).

Quanto aos requisitos gerais para adoção, estabeleceu que esta é medida excepcional e irrevogável e só aplicável quando esgotados os meios de reinserção na família natural ou extensa (art. 39, §1º). Atualizou a idade mínima para adotar conforme o Código Civil, de vinte e um para dezoito anos (art. 42, *caput*); para a adoção conjunta, promoveu uma atualização, afirmando que podem adotar os casados e os que mantenham união estável, retirando a previsão de que basta que um deles tenha atingido a maioridade, mantendo a necessidade de comprovação da estabilidade familiar (art. 42, §2º). Acrescentou à possibilidade de adoção de divorciados e separados judicialmente a de ex-companheiros, acrescentando para as três, além do consenso sobre guarda e visitas e o início do estágio de convivência na constância da união, o requisito da comprovação de vínculos de afetividade e afinidade com o não-detentor da guarda (art. 42, §4º), estabelecendo a preferência legal, nestes casos, à guarda em sua modalidade compartilhada (art. 42, §5º).

Quanto ao estágio de convivência, modificou o requisito para sua dispensa, retirando a idade mínima de um ano e estabelecendo que seria suficiente a criança estar sob guarda ou tutela por tempo suficiente para se avaliar a conveniência da medida (art. 46, §1º), não sendo a guarda de fato suficiente por si só para tanto (art. 46, §2º). Em se tratando de adotante(s) residente(s) fora do país, deverá haver estágio de convivência em território brasileiro de no mínimo trinta dias independentemente da idade, não havendo mais diferenciação entre crianças

---

<sup>121</sup> “A redação do citado inciso indica a necessidade de um cadastro nos referidos programas (municipal ou mesmo judicial)”. (FERREIRA, L. A. M. *Op. Cit.*, p. 36).

menores e maiores de dois anos (art. 46, §3º). O estágio de convivência, quando houver, sempre deverá ser acompanhado por equipe interprofissional a serviço da Justiça, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política de garantia do direito à convivência familiar, que fará relatório sobre a conveniência da medida (art. 46, §4º).

Prevê agora o ECA que o registro da sentença de adoção poderá ser lavrado no Cartório de Registro Civil no Município do adotante (art. 47, §3º). Atualmente, não apenas a pedido do adotante, mas também a do adotado pode haver alteração do prenome e, em sendo formulado pelo primeiro, o último deverá ser ouvido (art. 47, §§5º e 6º). Passou a se garantir expressamente ao adotado o direito de conhecer sua origem (art. 48), devendo os autos serem armazenados em arquivo ou em outra forma que garanta o seu acesso (art. 47, §8º).

Foi legalmente prevista a necessidade de preparação psicossocial e jurídica, orientada pela equipe técnica da Justiça, dos pretendentes à adoção (art. 50, §3º), sendo preferencial que nesta preparação se inclua o contato com crianças e adolescentes em acolhimento familiar ou institucional em condições de adotabilidade (art. 50, §4º).

Passaram a ser previstos em lei também os cadastros estaduais e nacional de crianças e adolescentes em condição de adoção e pretendentes ao ato (art. 50, §5º), havendo a previsão de cadastros separados para pessoas ou casais residentes fora do país que serão consultados apenas diante da inexistência de pessoas aptas nos cadastros de residentes no Brasil (art. 50, §6º). As entidades federais e estaduais em matéria de adoção terão acesso integral aos cadastros para troca de informações e cooperação mútua (art. 50, §7º). A autoridade judiciária deve providenciar em 48 horas a inscrição de crianças e adolescentes em condição de adoção sem colocação em família substituta na Comarca de origem nos cadastros nacional e estaduais (art. 50, §8º). A Autoridade Central Estadual deve zelar pela alimentação e correção dos cadastros, com comunicação à Autoridade Central Brasileira (art. 50, §9º). Cabe ao Ministério Público a fiscalização dos cadastros (art. 50, §12º). A autoridade que deixar de providenciar a instalação e operacionalização dos cadastros incorre na infração administrativa tipificada no art. 258-A.

A adoção sem prévia inscrição em cadastro só poderá ser deferida, conforme §13º do artigo 50, se for pedido unilateral (ou seja, quando a criança já tem pai ou mãe registrados e uma segunda pessoa, em união estável ou matrimonial



com este genitor, pretende a adoção, sem o condão de retirar a qualidade de pai ou mãe do outro), se for formulada por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade ou se oriundo o pedido de quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de três anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade, e não seja constatada a ocorrência de má-fé ou qualquer das situações previstas nos arts. 237 ou 238 do ECA (ou seja, a retirada criminosa da criança ou adolescente de seu lar de origem). Em qualquer caso, o §14º prevê que a situação alegada deve ser comprovada no curso do procedimento.

Renovou-se o conceito estatutário de adoção internacional, deixando-o conforme a Convenção de Haia de 1993, tendo como referência o local de residência do adotante, pouco importando sua nacionalidade (art. 51, *caput*). Esta modalidade de adoção só deve ser deferida se, após consulta aos cadastros locais, estaduais e nacional, não houver interessados com residência permanente no Brasil (art. 50, §10º e art. 51, §1º); ainda nesta hipótese, os brasileiros residentes no exterior terão preferência aos estrangeiros (art. 51, §2º). Em todo caso, a adoção demanda a intervenção de autoridades centrais estaduais e federal na matéria de adoção internacional (art. 51, §3º). A adoção internacional observará o rito normal de colocação em família substituta, com algumas ressalvas (art. 52), devendo haver intervenção das autoridades centrais do país de acolhida, estadual e federal brasileiras, com a confecção de laudo de habilitação pelas nossas autoridades válido por um ano que autoriza o pedido judicial de adoção na comarca em que reside a criança ou o adolescente (incisos VII e VIII). Pode haver intermediação de organismos credenciados para intermediar (art. 52, §§1º-7º). Antes de transitada em julgado a decisão, a criança ou o adolescente não pode ser retirado do país, só sendo expedida autorização de viagem após o fim do processo (art. 52, §§8º-9º).

Também foram reguladas as adoções feitas por brasileiros no estrangeiro a serem homologadas aqui (art. 52-B) e as em que o Brasil é o país de acolhida (art. 52-C), que fogem aos objetivos do presente trabalho.

A Lei também acrescentou aos princípios das políticas de atendimento a realização de programas para reduzir o tempo de afastamento da convivência familiar e as campanhas de estímulo ao acolhimento sob a forma de guarda e à adoção, em especial as interracial, de crianças maiores ou adolescentes, de portadores de problemas de saúde ou necessidades especiais e de grupos de irmãos (art. 87, VI e

VII). Nas diretrizes das políticas de atendimento, inseriu a previsão de uma operação integrada de Judiciário, *Parquet*, Defensoria, Conselho Tutelar e encarregados de políticas públicas sociais para reduzir o tempo de acolhimento, através preferencialmente da reintegração e, não sendo possível, da colocação em família substituta.

A Nova Lei de Adoção, previu a dotação orçamentária nas áreas de educação, saúde e assistência social aos protegidos pelo Estatuto (art. 90, §§). Também acrescentou a possibilidade de negativa de registro às entidades de acolhimento que descumprirem o determinado pelos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente em todos os níveis federativos (art. 91, §1º, “e”) e dando ao registro a validade de quatro anos, cabendo ao Conselho Municipal fazer a verificação dos requisitos para renovação (art. 91, §2º). Como princípios a serem observados pelas entidades, estabeleceu não mais apenas que se deveria buscar a preservação de vínculos com a família, mas também a reintegração nesta (art. 92, I), e não mais que se deveria esgotar as tentativas de recolocação na família de origem, mas na família natural ou extensa (art. 92, II). Preveu a obrigatoriedade de relatório pelos dirigentes das entidades a cada seis meses (art. 92, §2º), sendo que o descumprimento desta e de outras disposições do Estatuto levam à sua destituição (art. 92, §6º). Fixou a necessidade de, salvo decisão judicial em contrário, as entidades buscarem manter o convívio da criança ou do adolescente com sua família de origem (art. 92, §4º). Como regra, o Judiciário é quem determina o acolhimento, mas excepcionalmente entidades podem receber crianças ou adolescentes, comunicando ao Juiz no prazo de 24 horas para que seja instaurado o procedimento judicial (art. 93).

Estabeleceu para as medidas de proteção princípios além das necessidades pedagógicas e o fortalecimento de vínculos familiares e comunitários (art. 100, parágrafo único): ressaltou a condição de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos; afirmou a proteção integral e prioritária; trouxe a responsabilidade primária e solidária do poder público; afirmou o interesse superior da criança; ressaltou o direito à privacidade; estabeleceu que a intervenção no seio familiar seja precoce e mínima em favor da criança, além de ser proporcional e atual; reafirmou a responsabilidade parental, a prevalência da família; trouxe o direito inafastável à informação para a criança e o adolescente e para os pais ou responsáveis; oitiva obrigatória e participação da criança e do adolescente.

O afastamento da criança e do adolescente só pode se dar em processo judicial, com instauração de contraditório (art. 101, §2º). Foi instituído o programa de acolhimento familiar (art. 101, VIII). Também foi trazida a necessidade de elaboração de um plano individual de atendimento, visando a reintegração ao convívio familiar (art. 101, §§4º-8º) e sendo esta impossível deve o Ministério Público ingressar com a ação de destituição do poder familiar (art. 101, §§9º-10º). De qualquer forma, a autoridade judiciária deverá manter cadastro atualizado das crianças e adolescentes acolhidos (art. 101, §§11º-12º). Deixar de efetuar o cadastramento de crianças e de adolescentes em condições de serem adotadas, de pessoas ou casais habilitados à adoção e de crianças e adolescentes em regime de acolhimento institucional ou familiar é infração administrativa, nos termos do artigo 258-A, parágrafo único.

Conferiu-se ao Conselho Tutelar a possibilidade de representar ao Ministério Público para que crianças ou adolescentes sejam afastados do convívio familiar ou para que seja promovida a ação de destituição do poder familiar (art. 136, XI e parágrafo único).

A Lei também conferiu prioridade aos procedimentos tratados no Estatuto (art. 152, parágrafo único) e retirou do Juiz poderes de iniciativa processual para situações em que seria determinado o afastamento da criança ou do adolescente de sua família de origem ou em procedimentos contenciosos (art. 153, parágrafo único). Inseriu algumas mudanças no procedimento, que será analisado no próximo item.

Acrescentou a Lei n.º 12.010 no rol de hipóteses de interesses coletivos *lato sensu* do artigo 208 a oferta irregular ou inexistente de ações, serviços e programas de orientação, apoio e promoção social de famílias e destinados ao pleno exercício do direito à convivência familiar por crianças e adolescentes.

A Nova Lei de Adoção acabou com os prazos diversificados de licença-maternidade conforme a idade da criança, ao revogar os §§1º-3º do artigo 382-A da CLT, medida bem recebida por Maria Berenica DIAS: “Quanto maior a criança, mais difícil a adaptação ao novo lar. É fundamental que adotante e adotado disponham de um período para conviver e estreitar laços de afinidade”<sup>122</sup>. No entanto, questiona a doutrina o fato de não se ter conferido, por lei, igual direito ao pai<sup>123</sup>.

---

<sup>122</sup> DIAS, M. B. *Op. Cit.*, p. 492.

<sup>123</sup> “Não pode haver coerência no argumento que pretenda justificar que aquele que sozinho se propõe a ser pai, ou que o faça pela adoção por companheiros homens, possa desenvolver uma convivência plena e duradoura com o adotado em um lapso temporal de cinco dias. Para Souza (2011), ‘é como se a presença do pai fosse menos importante do que a da mãe, gerando diretamente

Cabe mencionar, por fim, que a Lei teve o condão de unificar o tratamento do instituto da adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente, deixando o Código Civil com apenas dois dispositivos, um remetendo a disciplina da adoção de menores ao Estatuto e outro afirmando que o ECA seria aplicável à adoção de maiores no que fosse compatível (Rolf Madaleno afirma que a adoção do Código Civil, procedimento de jurisdição voluntária, se destina a maiores e nascituros<sup>124</sup>). Discutiu-se acerca da necessidade de manutenção da adoção judicial para capazes, mas a Lei n.º 12.010/2009 não fez voltar a adoção cartorial que outrora existiu no país.

Trazidas aqui as modificações que envolvem diretamente a adoção e a convivência familiar, vamos agora sistematizar os contornos atuais da adoção e as condições necessárias à sua realização, para que então se trate do procedimento.

#### 4.4 OS CONTORNOS ATUAIS DA ADOÇÃO

A natureza jurídica da adoção, pelo exposto no tópico sobre o histórico legislativo brasileiro, nos leva a concluir já ter sido de negócio jurídico bilateral (alguns dizendo ter sido “contratualista”<sup>125</sup>, como Carlos Roberto Gonçalves). Mas a natureza jurídica atual é outra. Consignamos anteriormente a opinião de Paulo LÔBO, de que se trataria de ato jurídico *stricto sensu* complexo, por depender de sentença judicial. Rolf MADALENO afirma que, pelo fato de as regras atuais da adoção serem ditadas pelo Poder Público, ela teria um “caráter eminentemente institucional”<sup>126</sup>.

---

uma desigualdade de direitos e, indiretamente, uma discriminação ao trabalho da mulher, que certamente será preterida por um homem na obtenção de um emprego, tendo em vista que o dispêndio é muito maior com uma empregada mulher do que com um homem, v.g., contratação e treinamento de empregado temporário para suprir a falta da gestante durante o período de licença’. Urge fazer valer a igualdade de direitos preconizada no inciso I do art. 5º do Texto Constitucional. Os sentimentos e as emoções humanas não são mensuráveis pela propensão natural da espécie a que pertencem, senão pelos laços construídos com fundamento no amor e na confiança. E isso demanda tempo!” (BARROSO, Lucas Abreu; CATALAN, Marcos. A licença-paternidade e a demanda por equidade na formação socioafetiva de vínculo familiar por adoção. In: **Revista brasileira de direito das famílias e sucessões**. Porto Alegre: Magister, n. 28, jun./jul. 2012, p. 92).

<sup>124</sup> MADALENO, R. *Op. Cit.*, p. 608.

<sup>125</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 329.

<sup>126</sup> MADALENO, R. *Op. Cit.*, p. 606.

A adoção apresenta diversos requisitos, de ordem subjetiva e objetiva, que foram parcialmente alterados pela Lei n.º 12.010/2009, conforme visto anteriormente. O que faremos neste tópico é sistematizar as normas atualmente em vigor.

Quanto ao adotando, ele pode ser maior ou menor de idade pela lei civil, aplicando-se, no primeiro caso, o Código Civil, e no segundo, o ECA. Há debates sobre a possibilidade jurídica da adoção de nascituro, tema que será abordado no último capítulo.

Para o adotando, além do requisito da idade, a Lei prevê que devem ser esgotadas as tentativas de reinserção na família natural ou substituta, ou seja, a família nuclear ou os parentes próximos. Esta redação foi repetida em tantos dispositivos do ECA alterados pela Lei n.º 12.010 que é inegável a intenção do legislador, mas não deixa de ser objeto de debates em doutrina, pelo que merece análise mais detida, a ser feita em tópico específico. Hipótese legal do artigo 30, §6º, com certa semelhança, acrescentando-se o elemento cultural próprio, é a imposição de tentativas de recolocação de criança ou adolescente indígena ou quilombola no meio de seu grupo étnico.

Outro requisito pertinente ao adotando (ou a qualquer criança a ser colocada em família substituta) é, quando este tiver irmãos, que todos devem ser adotados conjuntamente, conforme disposição do artigo 28, §4º do ECA. Novamente, aqui também há contestações doutrinárias, sendo este um tema que foge do objeto da presente monografia.

O adotando não pode ter pais no registro ou no exercício da autoridade parental. Exceção a esta regra é a adoção unilateral, prevista no artigo 41, §1º, quando o filho tem apenas um pai ou mãe registral e o companheiro ou cônjuge deste pretende preencher o vazio no registro. Caso não esteja nesta hipótese, os pais deverão ser desconhecidos ou então deverá haver o procedimento de destituição familiar dos genitores. Ainda há a questão do consentimento na entrega à adoção, a ser exposta posteriormente.

Quanto ao pretendente à adoção, a Lei n.º 12.010, como visto, atualizou o Estatuto da Criança e do Adolescente, impondo a idade mínima de dezoito anos, que corresponde à atual maioridade civil. Anteriormente, o Estatuto, em conformidade com o Código vigente à época de sua edição, previa uma idade mínima de vinte e um anos.

Há regra expressa no art. 42, §3º, estatutário que exige uma diferença de dezesseis anos entre adotante(s) e adotado, sob argumentos de que ela é necessária para “o tradicional conceito da ‘*adoptio naturam imitatur*’ (a adoção procura imitar a natureza” e para “favorecer a própria relação paternofilial, tornando mais fácil aos pais o exercício de sua autoridade em relação aos filhos”<sup>127</sup> e com a intenção de evitar “vínculos de irmandade... sendo essencial que no vínculo de ascendente e filho subsista essa hierarquia cronológica para construir no tempo e pelo tempo a experiência e distância necessárias para criar e educar social e afetivamente um filho”<sup>128</sup>. No entanto, há precedentes que aceitaram pequena flexibilização desta regra<sup>129</sup>, desde que atendido seu propósito, que é permitir o relacionamento paternofilial e não um fraternal.

O Estatuto prevê que é vedada a adoção por procuração, conforme artigo 39, §2º. Isto decorre do fato de ser a adoção ato personalíssimo, que demanda todo um preparo psicológico, conforme exigência legal.

O artigo 42, §1º, veda adoção por irmãos ou ascendentes do adotando. Justifica a doutrina esta vedação pelo fato de que já haveria vínculos familiares outros que não o paternofilial, sendo desnecessário e até não recomendável a conversão daqueles neste<sup>130</sup>.

Nos termos do art. 42 do ECA, o estado civil não prejudica a legitimação ativa de adotar, mas o pretendente à adoção, além de contar com 18 anos para a prática do ato, só poderá adotar conjuntamente com quem for casado ou convivente

<sup>127</sup> DIGIÁCOMO, M. J.; DIGIÁCOMO, I. de A. *Op. Cit.*, p. 52.

<sup>128</sup> MADALENO, R. *Op. Cit.*, p. 619.

<sup>129</sup> CIVIL E PROCESSO CIVIL. ADOÇÃO. ECA. DIFERENÇA DE IDADE ENTRE O ADOTANTE E O ADOTADO. MÍNIMO LEGAL. MITIGAÇÃO DOS RIGORES DA LEI EM BENEFÍCIO DO MENOR.

1. Quando o Estatuto exige a diferença mínima de idade entre o adotante e o adotado de 16 (dezesseis) anos, fá-lo somente para assegurar o papel paterno assumido, o que já restou claro, quando se fala dos fortes laços afetivos que os unem, e quando a inicial diz que o menor o respeita como a um pai e inclusive assim o chama. 2. Assevero que, neste caso, em que a diferença de idade perfaz 15 anos e 3 meses, portanto o adotante quase atinge a idade mínima, considero ser conveniente aos interesses do menor, ante a possibilidade de fornecer ao adotando ambiente familiar saudável, propício a seu desenvolvimento completo. (DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça, Ap. 20000130017887.. Apelante: E.S.S. Apelado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relator: Desembargador Silvânio Barbosa dos Santos. Brasília, 21 de outubro de 2002. Publicado no Diário de Justiça da União em 12 de fevereiro de 2003, p. 37).

<sup>130</sup> “O deferimento da adoção aos ascendentes e irmãos do adotando não lhe traria qualquer vantagem (o que de *per se* já se constituiria em impeditivo para a concretização da medida, *ex vi* do disposto no art. 43 do ECA), podendo em contrapartida lhe trazer prejuízos, seja devido à ‘confusão’ decorrente da transformação de avós e irmãos em ‘pais’, seja em razão da perda dos direitos sucessórios em relação a seus pais biológicos. Para o amparo de crianças e adolescentes afastados do convívio dos pais junto a seus avós e irmãos, suficiente e mais adequado o emprego dos institutos da *guarda* ou *tutela*, que não importam no rompimento de vínculos com seus pais biológicos, tal qual ocorre com a adoção” (DIGIÁCOMO, M. J.; DIGIÁCOMO, I. de A. *Op. Cit.*, p. 52).

em união estável, conforme §2º. Excepcionalmente, na previsão do §4º, no caso de o estágio de convivência ter se iniciado na constância da união, poderão adotar os separados, divorciados e ex-companheiros, desde que acordem sobre guarda e visitas e se comprove a formação de vínculos afetivos com o não guardião; pelo §5º se estabeleceu a preferência pela guarda compartilhada, sempre que esta for para o real benefício do adotando. Há autores que questionam a necessidade deste consenso sobre guarda e visitas, como é exemplo Rolf MADALENO<sup>131</sup>.

Ainda, cabe destacar que a adoção singular por quem seja casado ou esteja em união estável é hipótese rara, visto que depende do consentimento do cônjuge para que ocorra sendo que este não deseja participar da adoção e “merece uma atenção especial da equipe técnica para avaliar a relação que se firma entre o cônjuge ou convivente que não pretende adotar a criança, mas que conviverá com ela em face da relação estabelecida com o adotante”<sup>132</sup>. Há autores, como Rolf MADALENO, que com ela não concordam, afirmando que só pode haver por cônjuges a adoção conjunta<sup>133</sup>, mas entendemos que não se pode descartar esta modalidade diante da riqueza do mundo dos fatos, que insiste em fugir das rédeas de um conjunto de regras menos fluído, pelo que a ausência de previsão legal em um instituto de interpretações tão rígidas como é a adoção pode gerar enormes injustiças. Assim, como FERREIRA, apenas cabe recomendar o cuidado pela equipe técnica na apreciação da adoção singular de pessoas casadas ou em união estável, mas não eliminar a sua possibilidade jurídica (que é abstrata e deve ser conjugada com o critério de que a adoção deve se dar em benefício do adotado).

Merece menção recente decisão proferida pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça<sup>134</sup> que reconheceu a possibilidade de adoção por uma família

<sup>131</sup> “Nem é da essência do deferimento da adoção obrigar ex-parceiros ao consenso em relação às visitas, e tampouco com referência à guarda, porque nada impede a regulamentação judicial dessas questões, quando os pais não alcançam um denominador comum, afigurando-se um contrassenso negar ao adotando a oportunidade de sua reinserção familiar, apenas porque seus candidatos à adoção se debatem sobre a custódia física do filho adotivo, ou porque se excederam sem conseguirem ajustar um calendário ideal de visitas” (MADALENO, R. *Op. Cit.*, p. 622).

<sup>132</sup> FERREIRA, L. A. M. *Op. Cit.*, p. 66.

<sup>133</sup> “Ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou se viverem em união estável, e assim é regrado por ser a adoção um ato jurídico pelo qual uma pessoa recebe outra como filho, envolvendo de regra o adotante e o adotado, inexistindo a figura do mero consentimento ou da simples anuência do cônjuge ou companheiro do adotante, salvo se dê a adoção bilateral, quando o casal adota em conjunto, como preconiza o §2º do artigo 42 do ECA” (MADALENO, R. *Op. Cit.*, p. 620-621).

<sup>134</sup> “CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADOÇÃO PÓSTUMA. VALIDADE. ADOÇÃO CONJUNTA. PRESSUPOSTOS. FAMÍLIA ANAPARENTAL. POSSIBILIDADE.

anaparental, formada por um casal de irmãos. É um precedente para a abertura da norma rígida diante da riqueza do mundo dos fatos que muitas vezes impõem soluções diversas para o atendimento do melhor interesse da criança.

O adotante deve ainda se revelar compatível com a adoção e oferecer ambiente familiar adequado (artigo 29 do ECA *a contrario sensu*), decorrência lógica do fato de que a adoção é, antes de tudo, uma medida para assegurar ao adotando o direito à convivência familiar. Busca-se uma prevenção de maiores danos a crianças e adolescentes que já sofreram enormes traumas uma vez pelo abandono ou pelo ambiente familiar originário insustentável e até da possibilidade de um segundo abandono (a chamada “devolução”).

Um requisito objetivo, de suma importância, imposto pelo Estatuto, no artigo 43, e reforçado pelo artigo 1º da Lei n.º 12.010 é o de que a adoção só será deferida quando representar reais benefícios ao adotando e se fundar em motivos legítimos<sup>135</sup>. Está em consonância com os princípios de proteção integral (com

---

I. Ação anulatória de adoção post mortem, ajuizada pela União, que tem por escopo principal sustar o pagamento de benefícios previdenciários ao adotado - maior interdito -, na qual aponta a inviabilidade da adoção post mortem sem a demonstração cabal de que o de cujus desejava adotar e também, a impossibilidade de ser deferido pedido de adoção conjunta a dois irmãos. [...] VIII. O fim expressamente assentado pelo texto legal – colocação do adotando em família estável – foi plenamente cumprido, pois os irmãos, que viveram sob o mesmo teto, até o óbito de um deles, agiam como família que eram, tanto entre si, como para o então infante, e naquele grupo familiar o adotado se deparou com relações de afeto, construiu – nos limites de suas possibilidades – seus valores sociais, teve amparo nas horas de necessidade físicas e emocionais, em suma, encontrou naqueles que o adotaram, a referência necessária para crescer, desenvolver-se e inserir-se no grupo social que hoje faz parte. IX. Nessa senda, a chamada família anaparental – sem a presença de um ascendente –, quando constatado os vínculos subjetivos que remetem à família, merece o reconhecimento e igual status daqueles grupos familiares descritos no art. 42, §2, do ECA.”

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Recurso Especial n.º 1.217.415 - RS, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recorrente: União. Recorrido: L.E.G.G. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Data do julgamento: 19/06/2012. Publicado em: 28/06/2012)

<sup>135</sup> A autora Sandra Maria LISBOA buscou conceituar o que seriam estes motivos legítimos de que fala o ECA: “Nesse sentido, entende-se que o legislador do Estatuto da Criança e do Adolescente, ao introduzir a expressão *motivos legítimos* como fundamento para a adoção, quis, na realidade, dar possibilidade ao Judiciário de fazer uma análise mais profunda sobre o pedido de adoção, ou seja, conferir um poder mais amplo de decisão ao magistrado, que não ficará mais adstrito apenas ao exame dos requisitos objetivos estabelecidos em lei. Verificando-se que os pretendentes preenchem os requisitos legais necessários ao reconhecimento da pretensão formulada, cabe à autoridade analisar as vantagens para a adequação do fundamento do pedido com os princípios norteadores do instituto” (LISBOA, Sandra Maria. **Adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente**: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 63).

No entanto, a busca da motivação não pode ser tão dura que impeça as pessoas de adotarem. Apenas se deve coibir interesses escusos e pessoas totalmente incapazes de exercerem a paternidade responsável. Quando se trata de despreparo, o certo é que a equipe interdisciplinar venha a agir no sentido de auxiliar, não eliminar. Assim diz a referência paranaense no assunto de adoção na perspectiva da Psicologia, Lídia Natalia Dobrianvskyj WEBER: “Mais do que a motivação perfeita, a equipe técnica e os Grupos de Apoio devem ajudar os adotantes a compreenderem aspectos importantes, bem como ajudar aos candidatos a criarem esse repertório [de ações a serem



controle prévio à constituição da filiação quanto a eventuais malefícios que esta possa gerar), da prioridade absoluta (exigindo que o poder público exerça este controle de modo célere, com a estipulação de prazos) e do melhor interesse da criança e do adolescente (na medida em que estipula que o benefício deve se dar ao adotado, não ao adotante). Deve-se ter cautela, no entanto, para que esta verificação dos reais benefícios e da legitimidade dos motivos não tome proporções desnecessariamente agigantadas, pois o tempo, este sim sem qualquer sombra de dúvida, sempre será um desfavor ao possível adotando.

A previsão do artigo 43 ganha uma especial conotação na adoção de maiores, em que a apreciação dos “motivos legítimos” não será apenas em relação ao adotante, mas também ao adotando, o que vem em resposta ao receio de constituição de vínculo paterno-filial por oportunistas. A adoção de maiores ainda é prevista para que se tenha um modo seguro de regularizar a paternidade socioafetiva<sup>136</sup> e evitar maiores questionamentos e litígios posteriores, não se imaginando (embora não seja de se descartar a hipótese) que haja grande aplicação desta modalidade para o arcaico desejo de ter uma descendência a qualquer custo, que nos povos antigos servia para dar continuidade ao culto doméstico. Mas fugindo destes motivos legítimos, seja por parte dos adotantes, seja por parte dos adotandos, o que poderá ser verificado diante da obrigatória assistência e fiscalização do poder público (conforme art. 1.619 do Código Civil), a adoção deverá ser indeferida.

O ECA, pelas transformações trazidas pela Nova Lei de Adoção, ainda exige o acompanhamento psicológico por equipe interprofissional de adotantes<sup>137</sup> e

---

tomadas para que a adoção dê certo]” (WEBER, Lúcia Natalia Dobrianskyj. **Adote com carinho**: um manual sobre aspectos essenciais da adoção. Curitiba: Juruá, 2011, p. 36).

<sup>136</sup> “Contudo, continuará meio útil para regularização da situação de fato dos chamados filhos de criação, que abandonam suas famílias originárias, por variadas contingências da vida, e são inteiramente acolhidas em outra, onde são construídos laços estáveis de afetividade recíproca” (LÔBO, P. L. N. *Op. Cit.*, p. 286).

<sup>137</sup> Vale aqui trazer o texto da psicóloga Marлизete Maldonado VARGAS: “Mesmo sem o componente biológico, os pais adotivos ‘engravadam’ emocionalmente e, durante o período de ‘espera’, necessitam ser tratados como tais, recebendo assessoria profissional que os oriente num processo claro e paulatino de enfrentamento das angústias diante da realidade da situação” (VARGAS, Marлизete Maldonado. Da família sonhada à família possível: a necessidade de preparação para a adoção. In: FREIRE, Fernando (org.). **Abandono e adoção**: contribuições para uma cultura da adoção. Curitiba: Terra dos Homens, 2001, p. 102).

adotandos<sup>138</sup>, prévia e posteriormente. A preparação de ambos os polos da relação é fundamental.

O ECA já trazia a imposição de um estágio de convivência, conforme artigo 46 do ECA, o que só vem em benefício da adoção, com uma maior preparação para a formação de laços afetivos. Há a dispensa do estágio de convivência quando a criança ou adolescente estiver sob tutela ou guarda legal, não se aceitando a guarda de fato para tal fim; “o dispositivo evidencia a opção do legislador em não mais premiar a informalidade, que dá margem para tantas situações atentatórias aos direitos infanto-juvenis e à própria moralidade do instituo da adoção e à imagem do Poder Judiciário”<sup>139</sup>.

Impõe-se ainda a oitiva da criança (artigo 28, §1º) e a necessária anuência do adolescente (artigos 28, §2º, e 45, §2º), para que se defira a adoção. A oitiva, no entanto, não deve implicar em “dever de obediência” pelo magistrado, pois o “direito de ser ouvido não engloba o dever de ser atendido”<sup>140</sup>; mas, caso não atendida a vontade da criança, deve se justificar a decisão em sentido contrário. A ouvida deve, sempre que possível, ser feita com equipe interprofissional, mas, na sua falta, “o julgador poderá fazer-se acompanhar de um técnico, fins auxiliá-lo na ouvida e/ou na compreensão da criança”<sup>141</sup>.

Preenchidos os requisitos e completada a adoção, esta transformará o adotado em efetivo filho dos adotantes, se desligando quase que completamente da família de origem, restando apenas o vínculo da causa de impedimento ao matrimônio. Excepcionalmente, no entanto, se admite a manutenção de visitas, no que, entre outros autores, Maria Isabel de Matos ROCHA, chama de “adoção aberta”<sup>142</sup>. Antonio CHAVES não deixava de cogitar alguns efeitos remanescentes em relação à família de origem, como o direito aos alimentos desta em relação ao

<sup>138</sup> “Num trabalho de preparação, com aproximações sucessivas, pode-se chegar a uma adequação da família sonhada com a família possível e desenvolver na criança uma noção do que ela pode encontrar (de alegrias e dificuldades) neste processo de inserção social. Tendo o suporte necessário, uma ponte segura, ela estará melhor instrumentalizada para fazer a sua travessia do abandono/instituição para o seio de uma família” (VARGAS, M. M. *Op. Cit.*, p. 104).

<sup>139</sup> DIGIÁCOMO, M J.; DIGIÁCOMO, I. de A. *Op. Cit.*, p. 56.

<sup>140</sup> FONSECA, A. C. L. da. *Op. Cit.*, p. 106.

<sup>141</sup> *Idem*, p. 107.

<sup>142</sup> A autora assim a explica: “Porém, coexistem com esta previsão legal [de não contato entre família de origem e adotado] práticas culturais de colocação adotiva onde, em alguns casos, as famílias biológica e adotiva se conhecem, tiveram vínculo prévio à adoção e até continuam a manter vínculo após a adoção” (ROCHA, Maria Isabel de Matos Rocha. O filho adotivo tem direito à visita de seus pais biológicos? In: **Revista dos tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 848, jun. 2006, p. 90).

adotado e vice-versa, mas apenas por conta da adoção simples, pois a adoção plena implicaria no total corte de vínculos<sup>143</sup>. Hoje em dia, tirando as questões excepcionais de casos concretos que permitam uma convivência familiar e o direito ao conhecimento da origem biológica<sup>144</sup>, é de se desconsiderar a existência de uma família anterior à adotante. Evidentemente, há a já mencionada exceção da adoção unilateral, em que o adotado adquire a família de uma linha apenas, materna ou paterna, sem deixar de ter vínculos com a da outra.

Por outro lado, com a nova família são formados vínculos plenos, o que, como visto pela legislação anterior não ocorria. Antigamente, no Brasil, a adoção apenas implicava em vínculos com o adotante. Atualmente, o adotado passa a ser neto dos pais do adotante, sobrinho de seus irmãos e irmão de seus filhos. É filho do adotante para todos os efeitos, devendo receber cuidado e afeto.

A discussão sobre efeitos da adoção perdeu grande parte de sua importância quando foi extinta a dualidade entre adoções simples e plena. Anteriormente, caberia trazer aqui páginas e páginas sobre os efeitos sucessórios e a possibilidade de extinção com filiação legítima superveniente. Também caberia trazer a possibilidade de desligamento da adoção.

Hoje, não mais. A adoção é irrevogável<sup>145</sup> e não se dissolve nem com a morte (artigo 49 do ECA). O filho adotado terá direitos sucessórios como qualquer

<sup>143</sup> CHAVES, A. *Op. Cit.*, p. 511-512.

<sup>144</sup> Embora muito a doutrina fale na verdade afetiva e no afeto como fundamento da família, como já destacado nesta monografia, não se pode ignorar que o direito ao conhecimento da verdade biológica é um direito de personalidade da mais elevada justfundamentalidade. Em verdade, diz muito a respeito da integridade psicofísica da pessoa, sendo portanto um corolário da dignidade da pessoa humana. Neste sentido, cabe trazer a lição da psicóloga Mirta VIDELA: “O ocultamento da verdade sobre as origens é tão grave como o de seqüestrar uma criança, é um verdadeiro delito afetivo, porque, de maneira premeditada, a criança está sendo privada de algo que é seu, produzindo assim um vazio em seu processo histórico, impossibilitando sua função de historiador de si mesma” (VIDELA, Mirta. *À procura das origens*. In: FREIRE, Fernando (org.). **Abandono e adoção: contribuições para uma cultura da adoção**. Curitiba: Terra dos Homens, 2001, p. 166).

<sup>145</sup> Conquanto a irrevogabilidade da adoção seja medida muito salutar, por garantir a estabilidade dos vínculos de filiação, não os submentendo aos caprichos dos adotantes, no caso concreto a aplicação estrita da regra pode vir em prejuízo do adotado e ser geradora de injustiça. Neste sentido, cabe trazer importante ponderação de Antônio Chaves trazida por Rolf MADALENO: “Antônio Chaves questiona o valor efetivo de uma adoção indesejada, quando adotado e adotante não se entendem e tampouco conseguem levar adiante o projeto de adoção, porque se rejeitam mutuamente ou mesmo quando simplesmente o adotado não se adapta à família, ao local e aos hábitos e costumes dos que o acolheram em seu lar.

Essas pessoas contrariadas com a adoção terminam se tornando agressivas, rebeldes, e tudo fazem para externar esta sua inconformidade com os laços adotivos e assim acabam um e outro querendo desistir da adoção, podendo gerar na prática atos de abandono ou excesso de agressão” (MADALENO, R. *Op. Cit.*, p. 651).

Ainda que o autor gaúcho considere que estas observações não devam trazer a irrevogabilidade da adoção por serem fenômenos observáveis mesmo na filiação natural, não podemos ignorar o fato de

outro, com direito a igual quota-parte. Terá direito a receber ou dever de prestar alimentos, depois de efetuada a adoção, apenas em relação à família adotante. Receberá os nomes da nova família (artigo 47, §5º do ECA), havendo agora, por desejo próprio ou do adotante (“e no caso de a modificação do prenome ser requerida pelo adotante, é obrigatória a oitiva do adotando, observando o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 28 do ECA”<sup>146</sup>), a possibilidade de alterar o prenome. Estabelece-se a autoridade parental dos adotantes em relação ao adotado, enquanto menor de 18 anos for.

A sentença que concede a adoção, dotada de natureza constitutiva<sup>147</sup>, deverá ser averbada no Registro Civil de Pessoas Naturais (artigo 102, §4º, da Lei n.º 6.015, Lei de Registros Públicos), mas os efeitos se darão desde o trânsito em julgado, à exceção da adoção póstuma, aquela com procedimento iniciado e inequívoca manifestação de vontade do falecido no sentido de adotar (artigo 42, §6º do ECA), que retroage à data da morte (artigo 47, §7º). De toda sorte, não deve constar no registro qualquer observação sobre a condição de adotado (artigo 47, §4º) e nem sequer se fornecerá certidão do mandado de averbação (artigo 47, *caput*).

#### 4.5 OS PROCEDIMENTOS PARA ADOÇÃO NAS DIVERSAS HIPÓTESES

A análise específica dos percalços do procedimento conforme a situação do adotando ou dos adotantes se apresenta como um instrumental necessário para as aferições da efetividade ou não da adoção enquanto instrumento de resguardo do

---

que a adoção é uma filiação de origem voluntária e que deve sempre ser feita no interesse do adotado e por motivos legítimos. Pensemos, por exemplo, numa adoção unilateral, em que a mãe impõe ao filho que aceite o padrasto como pai, por vezes até com o objetivo de concretizar uma alienação parental em relação ao verdadeiro pai, sendo que não há vínculo afetivo com o pretenso adotante. Seria justo manter este vínculo adotivo? Seria o caso de uma invalidade da adoção ou de revogação? Fato é que o operador do direito não pode deixar de ter em vista os fins para que se destina a norma, conforme dispõe o artigo 6º do ECA, bem como não pode se descuidar do fato de que a adoção deve sempre observar os princípios da proteção integral, da prioridade absoluta e do melhor interesse da criança.

<sup>146</sup> Idem, p. 649.

<sup>147</sup> Naturezas constitutivas negativa e positiva, conforme anotam GAGLIANO e PAMPLONA FILHO: “a [sentença] que for prolatada em procedimento de adoção, é de fato, *desconstitutiva do vínculo natural anterior e constitutiva do novo vínculo que se forma*” (GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. *Op. Cit.*, p. 668).

fundamental direito à convivência familiar, pelo que não podemos deixar de fazer estes apontamentos.

Inicialmente, para que se possa adotar, é necessário a inscrição nos cadastros de adoção, prevista nos artigos 197-A e seguintes do ECA. Os postulantes à adoção farão requerimento, sem necessidade de advogado, obedecendo os requisitos do art. 197-A e a autoridade judiciária terá 48 horas para dar vistas ao Ministério Público, que no prazo de cinco dias se manifestará, conforme art. 197-B. Após, a equipe interdisciplinar irá avaliar os pretendentes, devendo os pretendentes à adoção participar de programa oferecido pelo Juizado para preparação à adoção, programa este que deve conter temas como motivação da adoção, revelação, desenvolvimento da criança, adoção e contexto social, aspectos jurídicos da adoção, preconceito, entre outros<sup>148</sup>. Sempre que possível, a preparação envolverá também o contato com o potencial adotando, tudo conforme art. 197-C<sup>149</sup>. Após, o juiz terá 48 horas para decidir acerca das diligências requeridas pelo Ministério Público, determinará a juntada do estudo psicossocial e, se for o caso, determinará audiência de instrução e julgamento. Após, nova vista ao *Parquet*, no prazo de cinco dias, tendo outros cinco para decidir, conforme art. 197-D. Deferida a a habilitação, o postulante será inscrito nos cadastros do art. 50, sendo observada a ordem cronológica e conforme a disponibilidade de crianças e adolescentes adotáveis, conforme art. 197-E, *caput*. A ordem cronológica pode ser ignorada nas hipóteses do art. 50, §13º. A recusa sistemática de crianças e adolescentes leva à reavaliação da inscrição, conforme art. 197-E, §2º.

Para adoção internacional, o procedimento é mais demorado e segue o disposto nos incisos do artigo 52 do ECA. Primeiramente, o interessado deverá formular pedido de habilitação junto à Autoridade Central de adoção internacional no país de acolhida, que emitirá um relatório que contenha informações sobre os pretendentes – a identidade, a capacidade jurídica e adequação dos solicitantes para adotar, sua situação pessoal, familiar e médica, seu meio social, os motivos que os animam e sua aptidão para assumir uma adoção internacional – e a legislação pertinente, sedo que os documentos em língua estrangeira serão

---

<sup>148</sup> FERREIRA, L. A. M. *Op. Cit.*, p. 187.

<sup>149</sup> Maria Berenice DIAS se manifesta contrariamente a esta medida: “Mas há uma exigência que afigura particularmente perversa. Incentivar, de forma obrigatória, o contato dos candidatos com crianças e adolescentes que se encontram institucionalizados e em condições de serem adotados (ECA 50 §4.º). Além de expô-los à visitação, pode gerar neles e em quem as quer adotar falsas expectativas. Afinal, a visita é tão só para candidatar-se à adoção” (DIAS, M. B. *Op. Cit.*, p. 493).

autenticados pela autoridade consular, acompanhados da respectiva tradução, por tradutor público juramentado<sup>150</sup>. O relatório será enviado à Autoridade Central estadual com cópia à Autoridade Central Federal. A primeira poderá fazer exigências e solicitar complementação sobre o estudo psicossocial do solicitante. Verificada a compatibilidade da legislação estrangeira com a nacional<sup>151</sup> e dos postulantes com os requisitos objetivos e subjetivos à adoção, emitirá a Autoridade estadual laudo de habilitação à adoção internacional, válido por um ano e podendo ser renovado. Com este laudo, pode ser feito pedido de adoção junto à Vara de Infância e Juventude do local onde se encontra a criança ou o adolescente.

Antes que se possa ter lugar a adoção, é necessário que a criança ou o adolescente não esteja sob o poder familiar. Neste sentido, pode-se dividir duas espécies de situações, que exigirão procedimentos diversos: quando o adotando tiver falecidos, destituídos ou suspensos previamente do poder familiar ou já tiverem anuído com o pedido de adoção; ou quando os pais estiverem em local ignorado ou não tiverem concordado com o pedido de adoção.

O processo de destituição do poder familiar é regulada pelos artigos 155 a 163 do ECA. A legitimidade ativa é atribuída ao Ministério Público e a quem tenha legítimo interesse<sup>152</sup>. A petição inicial deve seguir os requisitos do artigo 156 do ECA. O réu terá um prazo de dez dias para resposta, com direito a ampla defesa, com representação por advogado, constituído por si próprio ou dativo. Não havendo contestação, será aberta vista ao Ministério Público para que se manifeste em cinco dias conforme artigo 161, salvo se este for o autor, tendo o juiz cinco dias para decidir. O juiz então poderá, de ofício ou a requerimento do Ministério Público ou das partes, determinar realização de estudo social ou perícia por equipe interprofissional. Depois, designa-se audiência, para produção de prova testemunhal, oitiva dos pais e

---

<sup>150</sup> Idem, p. 187.

<sup>151</sup> Alerta Wilson Donizeti LIBERATI: “A importância deste fato [mudança que a sentença provoca no estado de filiação] deve estar sempre presente, tendo em vista que nem sempre, nos países de origem do adotante, a sentença prolatada em nosso país recebe, de imediato, a guarida desejada, ou produz os efeitos que aqui são verificados [...] Se a adoção aqui decretada não puder ser confirmada no país do adotante, ou se produzir efeitos que resultem em prejuízo para o adotando, é melhor que não se defira a adoção, pois esta pressupõe a satisfação dos superiores interesses do adotando” (LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adoção**: adoção internacional: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 204).

<sup>152</sup> “Assim, deve se reconhecer a legitimidade do guardião, incluindo o responsável pela entidade de acolhimento, e do pretendente à adoção, nas hipóteses em que exista a possibilidade de não se seguir a ordem dos cadastros de habilitados para a adoção, que são excepcionais” (BITTENCOURT, S. *Op. Cit.*, p. 106). No caso dos pretendentes à adoção, é interessante que se utilize da demanda cumulada de destituição do poder familiar com a adoção, conforme será visto adiante.

da criança ou do adolescente (destes apenas quando importar em modificação da guarda), com o derradeiro ato de apresentação de alegações finais (artigo 162 e §§). Ainda, quando os pais forem oriundos de comunidade indígena, é necessária a intervenção do órgão federal responsável pela política indigenista (artigo 161, §2º). Após, o juiz sentenciará em audiência ou no prazo de cinco dias. A sentença que decretar a perda ou suspensão do poder familiar será averbada à margem do registro de nascimento.

O artigo 166 do ECA prevê hipóteses em que a adoção será mais fácil: quando os pais forem falecidos, tiverem sido destituídos ou suspensos do poder familiar, ou houverem aderido expressamente ao pedido de colocação em família substituta (neste último caso, a anuência pode ser revogada até a publicação do consentimento para a adoção). Nestes casos, a adoção poderá ser requerida pelos interessados sem a presença de advogado, por petição inicial que atenda ao disposto no artigo 165. O juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, determinará a realização de estudo social ou perícia por equipe interprofissional para decidir sobre o estágio de convivência do artigo 46 (pois ele nem sempre é necessário), conforme artigo 167, bem como sobre a análise de concessão de guarda provisória. Deverá haver a oitiva dos pais (artigo 166, §1º) e da criança ou do adolescente (artigos 28, §§1º-2º, 45, §2º, e 168). Após o relatório de estudo social ou perícia, abre-se vista ao Ministério Público pelo prazo de cinco dias, tendo o juiz outros cinco para sentenciar, que, sendo de procedência, será averbada no registro de nascimento, na forma do artigo 47 do ECA, com alteração do nome e, se houver requerimento, do prenome do adotado (§§5º-6º do artigo 47). O recurso para a sentença é de apelação, que poderá ser interposto independente de preparo e terá o prazo de dez dias, conforme artigo 198; no inciso VII deste artigo há a possibilidade de juízo de retratação pelo magistrado. O artigo 199-A prevê que a apelação terá como regra apenas o efeito devolutivo, mas poderá receber efeito suspensivo se houver perigo de dano irreparável ou de difícil reparação ou quando se tratar de adoção internacional. O artigo 199-C prevê ainda prioridade absoluta de tramitação para os recursos envolvendo adoção.

Quando os pais não concordam com a adoção ou estão em local ignorado, é necessário que haja a destituição do poder familiar. Maria Berenice DIAS menciona que a jurisprudência começou a aceitar a cumulação da destituição do poder familiar

com o pedido de adoção e se chegou até ao ponto em que “tal pretensão passou a ser considerada **implícita**” <sup>153</sup>.

O procedimento de adoção cumulado com a perda do poder familiar começa com a petição inicial proposta pelo Ministério Público ou por quem detenha legítimo interesse. Para o pedido cumulado, é necessário que atenda aos requisitos dos artigos 156 e 165, sendo obrigatória a assistência de advogado. O juiz, ao recebê-la, deliberará sobre estágio de convivência (artigo 46), guarda provisória aos requerentes (artigo 167) e suspensão do poder familiar (artigo 157), ouvido o Ministério Público, bem como determinará a citação para resposta no prazo de dez dias, devendo serem esgotados todos os meios de citação pessoal (artigo 158). A contestação deve ser apresentada pelo réu representado por causídico, ou então lhe deve ser nomeado um defensor dativo (artigo 159). Após, será aberto prazo de cinco dias ao *Parquet* para que se manifeste, independente da apresentação de resposta. O juiz então poderá, de ofício ou a requerimento do Ministério Público ou das partes, determinar realização de estudo social ou perícia por equipe interprofissional. Depois, designa-se audiência, para produção de prova testemunhal, oitiva dos pais e da criança ou do adolescente, com o derradeiro ato de apresentação de alegações finais (artigo 162 e §§). Ainda, quando os pais forem oriundos de comunidade indígena, é necessária a intervenção do órgão federal responsável pela política indigenista (artigo 161, §2º). Terminada a instrução, haverá prolação de sentença em audiência ou no prazo de cinco dias. Todo o procedimento deverá durar no máximo cento e vinte dias e a sentença que decreta a perda do poder familiar e a adoção deverá ser averbada no registro de nascimento (artigo 163), também com alteração do nome e, se requerido, do prenome do adotado (artigo 47, §§ 5º-6º). Quanto ao recurso, cabem as mesmas observações feitas anteriormente.

O procedimento para adoção internacional é semelhante aos anteriores, com a peculiaridade de a inicial ter que ser instruída com a certidão de inscrição na comissão estadual judiciária de adoção (artigo 52, VIII), documento comprovando habilitação no país de origem e estudo psicossocial lá realizado. O juiz, ao deliberar sobre o estágio de convivência, deve estipulá-lo em no mínimo trinta dias a serem realizados em território nacional. Por fim, cabe ressaltar que o recurso cabível da sentença sempre será recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo.

---

<sup>153</sup> DIAS, M. B. *Op. Cit.*, p. 494.



Visto o regime atual da adoção e o seu procedimento, temos o instrumental para problematização acerca da participação dos pais no procedimento de adoção, tema do próximo capítulo.

## 5 A PARTICIPAÇÃO DA FAMÍLIA NATURAL NA ADOÇÃO

### 5.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR

A Nova Lei previu expressamente que haveria necessidade de os pais consentirem para que fosse realizada a adoção de seus filhos, exceto quando aqueles forem desconhecidos ou destituídos do exercício do poder familiar, conforme artigo 45 do ECA. A análise de tal requisito é indispensável ao procedimento da adoção, sob pena de absoluta nulidade do ato. Explica FONSECA acerca deste consentimento:

Enfim, a expressão *consentimento* pode ser entendida ora como “assentimento”, quando os pais concordam com a adoção e esta se dá por jurisdição voluntária; ora como “intervenção”, quando os pais não concordam com a adoção e esta se torna litigiosa para fins de destituição do poder familiar.<sup>154</sup>

O consentimento dos genitores, quando é concedido, em muito facilita os procedimentos de adoção, uma vez que se faz desnecessária a discussão judicial e a dilação probatória. As dificuldades do processo litigioso de destituição do poder familiar só aumentam com a Nova Lei de Adoção, não obstante tenha previsto o prazo de cento e vinte dias para este tipo de procedimento, porque ela impôs a necessidade de esgotamento das tentativas de reinserção da criança ou do adolescente em sua família natural ou extensa, que está prevista em diversos dispositivos modificados do ECA (artigos 19, *caput*,;39, §1º; 100, parágrafo único, X).

Uma interpretação mais estrita da Lei, sem levar em conta os princípios norteadores do direito da criança e do adolescente, em especial o seu melhor interesse, pode acabar gerando um direito dos pais aos filhos e uma situação de angústia indefinida para o filho abrigado, que deverá aguardar por uma recuperação de seus pais que muitas vezes não ocorre. Se é verdade que, como aponta o célebre estudo realizado pelo IPEA e CONANDA, a maioria das institucionalizações

---

<sup>154</sup> FONSECA, A. C. L. da. *Op. Cit.*, p. 164.

é causada pela pobreza (embora o estudo seja de 2004, estima-se que o quadro ainda não tenha se revertido)<sup>155</sup>, não podemos deixar de asseverar, com Sávio BITTENCOURT, que “dizer que a pobreza autoriza o abrigamento por tempo indeterminado é privilegiar o direito do adulto em detrimento do direito da criança”<sup>156</sup>.

O tempo é fator de extrema relevância para a criança e para o adolescente. O ideal, segundo TRINDADE, seria que a adoção fosse realizada até dois meses de idade<sup>157</sup>, o que é inatingível na maioria dos casos. Mas quanto menor a idade e, principalmente, menor o tempo de acolhimento institucional, menos será prejudicial a ruptura com a família originária para se inserir em um novo ambiente familiar. Até porque, bem se sabe, os adotantes brasileiros apresentam nítida preferência pelas crianças de até três anos de idade, conforme notícia trazida na página de *internet* da Agência Brasil:

Crianças brancas, do sexo feminino e com pouca idade. Esse é o perfil mais procurado pelas 26.938 famílias que estão na fila de adoção. Mas a realidade das 4.583 crianças e adolescentes que vivem hoje em abrigos é bem diferente. Enquanto a maioria (76%) dos interessados inscritos no Cadastro Nacional de Adoção (CNA) procura filhos adotivos até 3 anos de idade, apenas 3,6% das crianças estão nessa faixa etária.<sup>158</sup>

Embora haja campanhas de conscientização sobre os mitos que envolvem os filhos adotivos por grupos de adoção, as notícias demonstram que o quadro ainda não se reverteu.

<sup>155</sup> “Apesar disso, se considerarmos todos os motivos citados na tabela 4 e que podem ser relacionados à pobreza familiar, conclui-se que esta é responsável pelo ingresso de mais da metade (52%) das crianças e adolescentes nos abrigos” (SILVA, Enid Rocha Andrade da. O perfil da criança e do adolescente nos abrigos pesquisados. In: \_\_\_\_\_ (Coord.). **O direito à convivência familiar e comunitária**: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil. Brasília: IPEA/CONANDA, 2004, p. 57.)

<sup>156</sup> BITTENCOURT, Sávio. O cuidado e a paternidade responsável. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 50.

<sup>157</sup> “A idade mais conveniente para adoção, apontada pela maioria dos autores, é a mais precoce possível, até os 2 meses de vida. De acordo com Bowlby (2002), antes da fase em que o objeto materno começa a ser reconhecido na sua individualidade. Esta indicação deve-se ao fato de as crianças serem especialmente sensíveis a rupturas precoces nas relações” (TRINDADE, J. *Op. Cit.*, p. 343).

<sup>158</sup> CIEGLINSKI, Amanda. Perfil mais buscado para adoção, crianças de até 3 anos são apenas 3% em abrigos. In: **Agência Brasil**, Brasília, 25 de maio de 2011. Disponível na Internet via WWW.URL: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2011-05-25/perfil-mais-buscado-para-adocao-criancas-de-ate-3-anos-sao-apenas-3-em-abrigos>>. Última atualização em 27 de novembro de 2012.

Ademais, o tempo é essencial até para maiores chances de sucesso do estabelecimento de vínculos de respeito e afinidade na relação paternofilial por adoção. A antropóloga Elena ANDREI bem demonstra, ao responder sobre a possibilidade da adoção de criança de dois anos, que é crescente a dificuldade de adaptação da criança ou do adolescente a um novo grupo familiar conforme maior a idade<sup>159</sup>, mas ainda assim são adoções plenamente possíveis, pois, como assevera Lúcia WEBER, “a capacidade do ser humano de se apegar a outros é fenomenal, especialmente, das crianças com menos ou com mais idade”<sup>160</sup>.

Assim, qualquer empecilho que importe em atraso injustificado ao procedimento de adoção é verdadeiramente atentatório contra os melhores interesses da criança ou do adolescente. Neste sentido, a indefinida busca pela restauração de laços familiares é verdadeira violação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente.

Neste sentido, podemos apontar uma situação apontada pelo referido estudo do IPEA/CONANDA: a de pais e familiares que mantêm a criança ou o adolescente institucionalizado para lhe assegurar a subsistência, mantendo com ele um convívio<sup>161</sup>. Tais situações merecem especial avaliação pela autoridade judiciária com auxílio da fiscalização do *Parquet* (pois ordena o ECA que haja a fiscalização e instauração de procedimento judicial de todas as crianças e os adolescentes que forem acolhidos). Deve haver a oitiva por profissionais diretamente ligados à Vara da Infância e da Juventude ou a prestação de informações pelo representante da entidade acolhedora acerca do infante e da família, para que se mostre a existência efetiva ou não de vínculos afetivos e a vontade de regularização da situação. Em sendo o caso, deve ser realizada a inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente. Mas não devemos ignorar o registro de BITTENCOURT quanto a esta situação:

---

<sup>159</sup> A antropóloga divide as crianças maiores de dois anos em vários grupos: dos 02 aos 06 anos, dos 07 aos 10 anos dos 11 aos 14 anos e dos 14 aos 18 anos. Relata uma dificuldade crescente de adaptação e recuperação conforme o avanço da idade. Ver: ANDREI, Elena. Uma promessa de realização: os desafios da adoção no Brasil. In: FREIRE, Fernando. **Abandono e adoção: contribuições para uma cultura da adoção**. Curitiba: Terra dos Homens, 2001, p. 107-108.

<sup>160</sup> WEBER, L. N. D. *Op. Cit.*, p. 98-99.

<sup>161</sup> “Ao contrário do que supõe o senso comum, a maior parte das crianças e dos adolescentes que vive nos abrigos não são órfãos: 87% dos pesquisados têm família, sendo que 58,2% mantêm vínculo com seus familiares, isto é, embora afastados da convivência, as famílias os visitam periodicamente” (SILVA, E. R. A. da. *Op. Cit.*, p. 59).

Vale dizer, a experiência mostra que as visitas perduram enquanto a criança tem idade tenra e vão escasseando enquanto os anos passam, sendo cada vez mais raras até se esgotarem sem qualquer explicação. É mais comum haver arrependimento e dúvida em relação ao abandono da criança enquanto ela é um bebê, sendo este sentimento paulatinamente esvaído enquanto ela cresce e caem seus dentes de leite.<sup>162</sup>

Assim, embora a miserabilidade esteja na causa de várias situações de acolhimento, não se justifica uma espera indefinida de solução dos problemas familiares, sob pena de se assolarar os direitos mais fundamentais da criança e do adolescente, como o livre desenvolvimento de sua personalidade e a convivência familiar.

Por outro lado, Antonio Cezar Lima da FONSECA faz um alerta de que

a maioria dos casos de ações que atacam o poder familiar surge do desaviso, da desatenção, da confusão, do desentendimento e da pouca utilização prática das normas estatutárias, porque enseja o ataque à ignorância, à pobreza, sendo estas as causas prévias de muitos casos de negligência ou abandono que embasam a destituição.<sup>163</sup>

A pobreza não é mais causa de “situação irregular” como foi outrora, não podendo servir de base, por si só, para a destituição do poder familiar<sup>164</sup>. Mas a institucionalização é uma medida cruel, sendo, aí sim, motivo justo para que a criança seja retirada de seus pais, se não são envidados esforços para reverter o quadro. Tânia da Silva PEREIRA observa que a “massificação do atendimento é um dos aspectos negativos da institucionalização. Por melhor que seja a proposta institucional, a não identificação das condições pessoais e familiares acarreta danos

---

<sup>162</sup> BITTENCOURT, S. *Op. Cit.*, p. 52.

<sup>163</sup> FONSECA, A. C. L. da. *Op. Cit.*, p. 77.

<sup>164</sup> “Por outro lado, a pobreza, a condição de miserabilidade, não pode ser invocada como fundamento para a destituição do poder familiar, como no passado, a não ser que acompanhada de outras situações que coloquem a criança em situação de permanente risco” (KREUZ, S. L. *Op. Cit.*, p. 91).

graves e irreversíveis”<sup>165</sup>. Nem se pense que o acolhimento familiar é medida ideal, conquanto apresente vantagens em relação ao acolhimento institucional<sup>166</sup>.

Cabe haver a perquirição de vínculos e o esclarecimento dos genitores quanto à necessidade de tomar medidas concretas para retorno rápido da criança ou do adolescente ao seu ambiente familiar, bem como a devida inclusão em programas de orientação familiar, para que se verifique com celeridade a possibilidade de reinserção (em especial de crianças mais velhas ou adolescentes) ou então que se tente o consentimento para entrega à adoção, quando for o caso (em especial quando se tratarem de crianças pequenas, com maiores possibilidades de serem adotadas).

Cumprir destacar que muitas vezes os genitores, em especial as mães, não consentem com a adoção por medo da retaliação e do preconceito social que sofreriam.

Aqueles pais que visitam seus filhos, que mentem com frequência, prometem e não cumprem, devem ser ajudados para serem identificadas suas reais possibilidades e desejos no sentido de reaver a criança. Muitas vezes os pais visitam esporadicamente, não abrem mão do Poder Familiar, não disponibilizando a criança para adoção, pois temem a retaliação da opinião da comunidade e da própria instituição de abrigo sobre seu ato.<sup>167</sup>

É para combater estas situações que a Nova Lei impôs o prazo de cento e vinte dias para conclusão da ação de destituição do poder familiar. Ainda, impôs ao Ministério Público o prazo de trinta dias para ingressar com a medida judicial para este fim após apresentado o relatório que lhe informe a impossibilidade de reintegração na família de origem, salvo se entender necessárias novas diligências

<sup>165</sup> PEREIRA, Tânia da Silva. Abrigo e alternativas de acolhimento familiar. In: \_\_\_\_\_; OLIVEIRA, Guilherme de. **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 320.

<sup>166</sup> “Contudo, há nesta opção alguns riscos que devem ser considerados. A transitoriedade da guarda tem o inconveniente de permitir, em caso de delonga na resolução da situação jurídica da criança, que em regra dura anos, que a criança se apegue à família substituta e sua devolução para a família biológica reestruturada lhe cause mais prejuízos e traumas. Outro risco é a devolução em função de conflitos familiares, sobretudo na adolescência quando a natureza se encarrega de acentuá-los, por não ser a guarda reversível juridicamente e depender da vontade do guardião” (BITTENCOURT, S. *Op. Cit.*, p. 53).

<sup>167</sup> PEREIRA, T. da S. *Op. Cit.*, p. 319.

(artigo 101, §§9º e 10º). No entanto, conforme assevera Luiz Antonio Miguel FERREIRA,

verifica-se que ainda persiste a dúvida em saber qual o momento ideal ou propício para ingressar com a ação de destituição do poder familiar, ou seja, quando se constata a impossibilidade de manutenção da criança ou do adolescente na família de origem para justificar a medida judicial.<sup>168</sup>

Os operadores do direito que transitam nestas questões de adoção lidam com as delicadíssimas questões, sempre muito nebulosas, de quando resta configurada a impossibilidade de reinserção na família de origem ou não. Se, de um lado, fazer a criança aguardar por muito tempo em uma instituição de acolhimento é uma violência psicológica sem medida e um forte impossibilitador de sua eventual adoção por uma outra família que possa lhe fornecer um ambiente saudável, por outro retirá-la dos pais que tem com ela fortes laços de afeto e que apenas estão impossibilitados de exercer uma paternidade responsável por questões que poderiam ser superadas com um auxílio sério é outra violência à sua identidade. Neste dilema vivem os juízes, promotores e advogados que trabalham nestes casos delicados.

Não se pode, por um lado, esperar indefinidamente para que a família se recupere. Por outro, esforços sérios devem ser envidados para que a criança ou o adolescente permaneçam na família com quem há laços de afetividade e afinidade, em especial quando se tratar de crianças com idades mais avançadas ou adolescentes, diante da dificuldade de adoção.

Deve haver constante apoio psicológico e de assistência social, para identificar causas e apontar soluções. Mas como realizar este ideal, trazido inclusive pela Lei n.º 12.010/2009, se a maior parte das autoridades judiciárias competentes não conta com apoio técnico especializado<sup>169</sup>? No entanto, deixaremos de fazer apontamentos mais detidos quanto às possibilidades fáticas das Varas de Infância e

<sup>168</sup> FERREIRA, L. A. M. *Op. Cit.*, p. 130.

<sup>169</sup> “A aplicação da lei, no entanto, esbarra em um entrave, de acordo com juízes e promotores: a maioria das cerca de 3.000 Varas da Infância e da Juventude no país não dispõe de psicólogos ou assistentes sociais para acompanhar o andamento dos processos de adoção, proceder avaliação psicossocial prévia para inserção de pretendente no Cadastro Nacional de Adoção” (KUSANO, Suely Mitie. **Adoção de menores: intuitu personae**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 140).

Juventude, apenas trazendo alguns dados estatísticos que amparam a importância do questionamento, pois é evidente as dificuldades do Judiciário em lidar com o problema.

Há um evidente desequilíbrio entre crianças e adolescentes acolhidos em instituições e aqueles aptos à adoção. Em duas notícias com curto lapso de temporal lançadas na página de *internet* do Conselho Nacional de Justiça verifica-se que nos primeiros meses do ano passado havia 4.426 disponíveis à adoção (no Cadastro Nacional de Adoção)<sup>170</sup> e 30.546 vivendo em instituições de acolhimento mantida pelo governo ou por organizações não governamentais (pelo Cadastro Nacional de Crianças e Adolescentes Acolhidos)<sup>171</sup>. Um levantamento feito pelo CNJ ao final de 2010 indica que cerca de 30% dos acolhidos retornam aos seus lares<sup>172</sup>. Ou seja, cerca de 55% das crianças estão acolhidas sem que estejam disponibilizadas à adoção e sem que retornem aos seus lares. Verifica-se que não mudou, até o começo de 2011, a situação dos acolhidos se comparado com o estudo do IPEA/CONANDA<sup>173</sup>, que data de 2004, o que leva a questionar a efetividade da Nova Lei no que se refere à imposição do sistema de Cadastros e os prazos.

Grandes dificuldades, que levam aos períodos prolongados de institucionalização, dizem respeito à necessidade de tentativas infrutíferas de reinserção e, do ponto de vista judicial, da necessidade de observância do contraditório. Assim, tanto melhor são as situações em que não há a necessidade de contraditório, porque os pais, mesmo presentes, conhecidos e no exercício da

<sup>170</sup> SOUZA, Giselle. Mais de 4 mil crianças estão aptas à adoção no Brasil. In: **Conselho Nacional de Justiça**, Brasília, 24 de março de 2011. Disponível na Internet via WWW.URL: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/13562-mais-de-4-mil-criancas-estao-aptas-a-adocao-no-brasil>>. Última atualização em 28 de novembro de 2012.

<sup>171</sup> SOUZA, Giselle. Brasil tem mais de 30 mil crianças e adolescentes vivendo em abrigos. In: **Conselho Nacional de Justiça**, Brasília, 16 de maio de 2011. Disponível na Internet via WWW.URL: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/14360-brasil-tem-mais-de-30-mil-criancas-e-adolescentes-vivendo-em-abrigos>>. Última atualização em 28 de novembro de 2012.

<sup>172</sup> CÔRREA, Martha; CAVALCANTI, Hylda. Levantamento constata que 30% de crianças e adolescentes acolhidos retornam aos seus lares. In: **Conselho Nacional de Justiça**, Brasília, 16 de dezembro de 2010. Disponível na Internet via WWW.URL: <<http://www.cnj.jus.br/component/content/article/96-noticias/10624-levantamento-constata-que-30-de-criancas-e-adolescentes-acolhidos-retornam-aos-seus-lares>>. Última atualização em 28 de novembro de 2012.

<sup>173</sup> “Conforme mostram os dados do gráfico 8, apenas 10,7% das crianças e dos adolescentes nos abrigos pesquisados em todo o Brasil encontravam-se, judicialmente, em condições de adoção. A grande maioria (83%) estava diante do paradoxo de ter uma família que, na prática, já abriu mão da responsabilidade de cuidar dela, em seu significado mais amplo, mas que, mesmo assim, ainda é juridicamente responsável pelos filhos que vivem nos abrigos” (SILVA, E. R. A. da. *Op. Cit.*, p. 63).



autoridade parental, declinam do múnus parental, como ato derradeiro de paternidade responsável, para que outras pessoas assumam o papel e se responsabilizem pela criação de sua prole biológica.

## 5.2 CONSENTIMENTO DOS PAIS, A ADOÇÃO *INTUITU PERSONAE* E O CADASTRO NACIONAL DE ADOÇÃO

O Estatuto da Criança e do Adolescente já previa, em sua redação original, no artigo 45, a necessidade do consentimento dos pais ou representantes legais do adotando para que a adoção pudesse ser efetivada.

A autoridade parental é irrenunciável: “nula é renúncia do exercício do poder familiar”<sup>174</sup>. No entanto, não apenas se admite, mas inclusive se exige que haja consentimento dos genitores no exercício da autoridade parental para que seus filhos ingressem em família substituta pela via de adoção sem a necessidade de instauração de litigioso, como prevê o artigo 166 do ECA: “na adoção permite-se seu afastamento, pois estamos diante da possibilidade de encontrar e conciliar o melhor interesse da criança ou adolescente e por isso se admite sua mitigação”<sup>175</sup>.

O consentimento deve ser colhido previamente quando possível, para que o procedimento seja mais célere, mas deverá ser confirmado em audiência, conforme artigo 166, §§3º e 4º do ECA.

Um ponto muito questionável é a possibilidade de revogação do consentimento até a data da publicação da sentença de adoção, prevista no artigo 166, §5º do ECA. Ora, foi oportunizada aos genitores a instrução acerca da consequência de seus atos. Não se pode, depois que a criança ou o adolescente se inseriu em um novo contexto familiar e começou a formar seus novos vínculos de afetividade e afinidade, pretender que os pais biológicos possam arbitrariamente criar a situação de incerteza que só vem em prejuízo à formação do filho. Cabe aqui trazer a lição de KREUZ:

---

<sup>174</sup> LÔBO, P. L. N. **Direito civil**: famílias. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 305.

<sup>175</sup> FONSECA, A. C. L. da. *Op. Cit.*, p. 164. DIGIÁCOMO e DIGIÁCOMO manistam o entendimento de que o consentimento não importa em “renúncia” ou justa causa para destituição do poder familiar, sendo apenas uma manifestação de vontade que pode ser revogada a qualquer tempo até a publicação da sentença de adoção (DIGIÁCOMO, M. J.; DIGIÁCOMO, I. de A. *Op. Cit.*, p. 231).

A norma, portanto, criou uma situação de enorme insegurança jurídica, que poderia ter sido evitada. Não se está aqui a defender a impossibilidade do arrependimento da genitora, mas a de que esta poderia ocorrer até a colocação em família substituta. Outra solução seria estabelecer um prazo razoável, quem sabe, de dez dias (que também é o prazo para interposição do recurso de apelação) para que a mãe pudesse se arrepender. Nesse período, a criança poderia aguardar, em unidade de acolhimento ou família acolhedora, sua colocação em família substituta, com segurança para os adotantes.<sup>176</sup>

A norma é resultado da orientação da Nova Lei de Adoção, que pretende preservar ao máximo os vínculos com a família natural ou extensa. Mas não pode ser levada a rigores, sob pena de se ferir o princípio do melhor interesse da criança, na medida em que coloca o direito dos adultos em superioridade ao do da criança ou do adolescente. Uma forma de se salvar a regra expressa é a trazida por FONSECA, de averiguação profunda das razões que motivaram o arrependimento puro e simples, “pois podem esconder motivos escusos, quando se deve decidir sempre tendo em vista os princípios da proteção integral e do melhor interesse da criança ou adolescente”<sup>177</sup>.

Em análise ao consentimento dos pais biológicos no direito comparado, Suely Mitie KUSANO traz que há duas espécies de consentimento: o consentimento em branco ou abstrato e o consentimento personalizado ou específico. O primeiro não seria direcionado a pessoas específicas e “equivale ao abandono e, por conseguinte, conduziria à entrega da criança, geralmente à segurança social, instituição ou abrigo, público ou privado”<sup>178</sup>. O consentimento personalizado seria aquele em que os genitores indicariam o adotante, que levaria à chamada adoção *intuitu personae*, que alguns entendem não ser cabível no ordenamento jurídico brasileiro<sup>179</sup>.

<sup>176</sup> KREUZ, S. L. *Op. Cit.*, p. 130.

<sup>177</sup> FONSECA, A. C. L. da. *Op. Cit.*, p. 165.

<sup>178</sup> KUSANO, S. M. *Op. Cit.*, p. 160.

<sup>179</sup> “A possibilidade jurídica do *consentimento* dos pais com a adoção de seus filhos, portanto, não os autoriza a ‘escolher’ a pessoa ou casal adotante, ficando tal tarefa a cargo da Justiça da Infância e da Juventude, com todas as cautelas e critérios para tanto estabelecidos pelo ordenamento jurídico vigente” (DIGIÁCOMO, M. J; DIGIÁCOMO, I. de A. *Op. Cit.*, p. 55).

As justificativas para a resistência quanto ao reconhecimento desta modalidade de adoção giram em torno dos temores à realização de adoção por interesses escusos, seja por parte do adotante (tráfico de crianças), seja por parte dos genitores (entrega da criança mediante paga), argumentos estes que, embora de enorme relevância, não devem servir de óbice às situações em que há uma legítima relação de confiança por parte do genitor de que o indicado atenderá a contento as necessidades de seu filho. Mas, para além deles, com a Nova Lei, há o temor de burla do Cadastro de candidatos à adoção, o que merece análise mais detida.

Conquanto a Nova Lei de Adoção tenha dado *status* legal ao Cadastro Nacional de Adoção, inserindo-o no artigo 50, §5º do ECA, ele já havia sido criado com o nome de Banco Nacional de Adoção em 29 de abril 2008 pelo Conselho Nacional de Justiça, pela Resolução n.º 54. Em sua criação, o objetivo declarado era o de dar a efetividade ao mandamento estatutário de se esgotarem as tentativas de inserção da criança ou do adolescente em uma família substituta nacional antes que fosse entregue a uma família estrangeira pela via da adoção, conforme constaria no artigo 31 (“A colocação em família substituta estrangeira constitui medida excepcional, somente admissível na modalidade de adoção”).

Criou-se, conforme a referida Resolução, um cadastro para crianças e adolescentes disponíveis à adoção e outro para os pretendentes à adoção (artigo 1º), com o fim de consolidar dados de todas as comarcas da federação.

A Lei n.º 12.010/2009, no entanto, deu orientação diversa, ao acrescentar diversos parágrafos ao artigo 50 do ECA. Preveu Cadastros nos três níveis federativos: no da Comarca, no estadual e no federal. Buscou tornar o Cadastro um instrumento quase inafastável à realização das adoções, permitindo três exceções expressamente no §13º, que são a adoção unilateral já mencionada, a formulada por parente com laços de afetividade e afinidade (o que atende o propósito da lei de manter a criança ou o adolescente em sua família extensa quando não for possível na natural) ou então quando o requerente detiver tutela ou guarda legal de criança maior que três anos ou adolescente com um lapso de tempo que permita a fixação de laços de afetividade e afinidade e desde que não haja má-fé ou origem num crime de subtração de criança do seu lar para entrega a uma família substituta ou a entrega de pupilo (artigos 237 e 238 do ECA).

Salvo estas situações, a Nova Lei impôs a observância de uma ordem cronológica estrita, fria, o que não corresponde aos interesses da criança. Neste sentido, KREUZ:

Não há nenhuma certeza que o habilitado há mais tempo seja a pessoa ou o casal mais indicado para aquela criança. Não se consideram as características pessoais da criança ou adolescente e nem mesmo, as dos eventuais pretendentes.<sup>180</sup>

A observância estrita da regra imposta pela Lei de Adoção poderá impor algumas dificuldades. É, inclusive, contrária à nova roupagem do instituto, que se volta prioritariamente ao atendimento dos interesses do adotando, conforme norma expressa do artigo 43 do ECA (densificação do princípio do melhor interesse da criança, que é a preeminência dada aos interesses desta quando em colisão com os dos adultos, conforme já visto). Denuncia-se em parte da doutrina a rigorosa aplicação da norma pelos julgadores<sup>181</sup>, pela qual se prefere a ordem cronológica à buca de adotantes realmente compatíveis com o adotando, embora o Superior Tribunal de Justiça já tenha se manifestado pela relativização da ordem de inscritos<sup>182</sup>.

<sup>180</sup> KREUZ, S. L. *Op. Cit.*, p. 127.)

<sup>181</sup> “Entretanto, há uma cega obediência ao cumprimento da lista de preferência do cadastro de candidatos à adoção mantido pela autoridade judiciária em cada comarca ou foro regional (ECA, art. 50), a ponto de existirem pessoas que, em silêncio e sorrateiramente, à margem da legislação mantêm sob sua guarda de fato recém-nascidos que lhes foram confiados por gestantes que não desejariam criar os filhos a que deram à luz, para deixar que o tempo os vincule por uma relação intransponível de socioafetividade”. (MADALENO, R. *Op. Cit.*, p. 628).

<sup>182</sup> RECURSO ESPECIAL - ADOÇÃO - CADASTRO DE ADOTANTES - RELATIVIDADE - PRINCÍPIO DA PREVALÊNCIA DO INTERESSE DO MENOR - VÍNCULO AFETIVO DA MENOR COM CASAL DE ADOTANTES DEVIDAMENTE CADASTRADOS – PERMANÊNCIA DA CRIANÇA POR APROXIMADAMENTE DOIS ANOS, NA SOMATÓRIA DO TEMPO ANTERIOR E DURANTE O PROCESSO - ALBERGAMENTO PROVISÓRIO A SER EVITADO - ARTIGO 197-E, § 1º, DO ECA - PRECEDENTES DESTA CORTE - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1.- A observância do cadastro de adotantes, ou seja, a preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar determinada criança, não é absoluta. A regra comporta exceções determinadas pelo princípio do melhor interesse da criança, base de todo o sistema de proteção. Tal hipótese configura-se, por exemplo, quando já formado forte vínculo afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, ainda que no decorrer do processo judicial. Precedente. 2.- No caso dos autos, a criança hoje com 2 anos e 5 meses, convivia com os recorrentes há um ano quando da concessão da liminar (27.10.2011), permanecendo até os dias atuais. Esse convívio, sem dúvida, tem o condão de estabelecer o vínculo de afetividade da menor com os pais adotivos. 3.- Os Recorrentes, conforme assinalado pelo Acórdão Recorrido, já estavam inscritos no CUIDA - Cadastro Único Informatizado de Adoção e Abrigo o que, nos termos do artigo 197-E, do ECA, permite concluir que eles estavam devidamente habilitados para a adoção. Além disso, o § 1º, do mesmo dispositivo legal afirma expressamente que “A ordem cronológica das habilitações somente poderá deixar de ser observada pela autoridade judiciária nas hipóteses previstas no § 13 do art. 50 desta Lei, quando

A necessidade de obediência à ordem de registro impediria, para alguns autores, a chamada adoção *intuitu personae*, pois a autoridade judiciária estaria obrigada a escolher um dos candidatos previamente cadastrados em detrimento das pessoas indicadas.

Adoção *intuitu personae* não se confunde com a chamada adoção pronta ou com a famigerada adoção à brasileira, de acordo com KUSANO, embora muitos tratem adoção pronta como adoção *intuitu personae*. Na primeira, os pais biológicos indicam aqueles que pretendem que sejam adotantes de seus filhos, sem que haja prévia convivência familiar entre esses e estes. Já a adoção pronta se dá quando as pessoas recebem a criança sob sua guarda fática durante algum período de tempo, para formar os vínculos afetivos, e depois a levam perante a autoridade judiciária para regular a situação de fato. A adoção à brasileira, por sua vez, nunca virá a ter qualquer regularização, pois se reveste de aparência de legalidade: os “adotantes” registram a criança como se fosse sua filha natural, sem qualquer supervisão pelo poder público; por ser crime tipificado na lei penal, quando descoberta a prática gera inúmeras dificuldades para o filho registrado e para os pais, ainda que bem intencionados<sup>183</sup>.

A Lei n.º 12.010/2009 buscou dar especial combate às adoções prontas, ao instituir que apenas se dispensaria a prévia inscrição no cadastro quando se tratasse de adoção unilateral, quando a criança ou o adolescente fosse ser inserido no

---

comprovado ser essa a melhor solução no interesse do adotando”. 4.- Caso em que, ademais, a retirada do menor da companhia do casal com que se encontrava há meses devia ser seguida de permanência em instituição de acolhimento, para somente após, iniciar-se a busca de colocação com outra família, devendo, ao contrário, ser a todo o custo evitada a internação, mesmo que em caráter transitório. 5.- A inobservância da preferência estabelecida no cadastro de adoção competente, portanto, não constitui obstáculo ao deferimento da adoção quando isso refletir no melhor interesse da criança. 6.- alegações preliminar de nulidade rejeitadas. 7.- Recurso Especial provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Recurso Especial n.º 1.347.228, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Recorrente: L.T.W. e outro. Relator: Min. Sidnei Beneti. Data do julgamento: 06/11/2012. Publicado em: 20/11/2012).

<sup>183</sup> Há jurisprudência conferindo perdão judicial a pessoas que praticaram a adoção à brasileira, tendo em vista o melhor interesse da criança: “APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A FAMÍLIA. REGISTRO DE FILHO ALHEIO COMO PRÓPRIO. “ADOÇÃO À BRASILEIRA” (ART. 242, CAPUT, DO CP). RECURSO MINISTERIAL. PRETENDIDA APLICAÇÃO DE PENA. REGISTRO DE FILHO ALHEIO COMO PRÓPRIO. ESPOSA COAUTORA. CONFISSÕES EM JUÍZO CORROBORADAS PELOS DEPOIMENTOS DAS TESTEMUNHAS QUE COMPROVAM A PRÁTICA DO ILÍCITO. VONTADE LIVRE E CONSCIENTE À REALIZAÇÃO DA CONDUTA EVIDENCIADA. CONSTATADA A MOTIVAÇÃO NOBRE. GENITORA QUE NÃO DESEJA FICAR COM A RECÉM-NASCIDA E O ENTREGA AOS RÉUS PARA O CRIAREM. APLICABILIDADE DO ART. 242, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CP. CONCESSÃO DO PERDÃO JUDICIAL. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO.” (SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça (Primeira Câmara Criminal). Apelação Crime n.º 2012.015205-2, da 1ª Vara Criminal da Comarca de Lages. Apelante: Ministério Público de Santa Catarina. Apelados: N. dos S. G. e outro. Relatora: Desa. Marli Mosimann Vargas. Data do julgamento: 25/09/2012. Publicado em: 03/10/2012).

âmbito de sua família extensa ou, caso fosse um estranho aos vínculos familiares e a criança fosse maior de três anos, quando se tratasse do detentor da tutela ou da guarda legal. As adoções prontas que simplesmente buscam fugir do procedimento de adoção, que envolve toda uma fiscalização e preparação psicológica, não teriam lugar. Por outro lado, levar a norma a rigor pode acabar gerando muita injustiça. Muitas vezes, é a informalidade que muitas vezes permeia as relações das pessoas, até por conta da baixa instrução e da desinformação, e não a má-fé, que está por trás da guarda fática, como é o caso da transferência voluntária de guarda no que se denomina circulação de crianças<sup>184</sup>. O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, vem concedendo como adoções *intuitu personae* aquelas em que já há o vínculo afetivo formado (ou seja, que para KUSANO seriam adoções prontas)<sup>185</sup>.

---

<sup>184</sup>“A circulação de crianças é prática completamente à margem da lei, mas integrada aos costumes e valores especialmente nas classes populares brasileiras. Comumente verificado em direção a ascendentes e colaterais (avós ou tios, a quem a guarda informal da criança é confiada) ou a vizinho ou amigo próximo, quando a capacidade de sobrevivência se apresenta ameaçada, chamados de ‘pais de criação’.

Essa transferência não impede as expectativas da mãe biológica de uma eventual restituição da criança, quando sua situação material melhorar” (KUSANO, S. M. *Op. Cit.*, p. 73-74.). Estes casos de circulação de crianças por vezes implicam em litígios entre a família de criação e a mãe biológica que quer reaver seu filho, como isto pode nunca ocorrer. Tanto melhor seria, nos últimos casos, que a adoção pudesse ser aplicada para regularização da situação de fato.

<sup>185</sup> “RECURSO ESPECIAL - AFERIÇÃO DA PREVALÊNCIA ENTRE O CADASTRO DE ADOTANTES E A ADOÇÃO INTUITU PERSONAE - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR - VEROSSÍMIL ESTABELECIMENTO DE VÍNCULO AFETIVO DA MENOR COM O CASAL DE ADOTANTES NÃO CADASTRADOS - PERMANÊNCIA DA CRIANÇA DURANTE OS PRIMEIROS OITO MESES DE VIDA - TRÁFICO DE CRIANÇA - NÃO VERIFICAÇÃO - FATOS QUE, POR SI, NÃO DENOTAM A PRÁTICA DE ILÍCITO - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

I - A observância do cadastro de adotantes, vale dizer, a preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar determinada criança não é absoluta. Excepciona-se tal regramento, em observância ao princípio do melhor interesse do menor, basilar e norteador de todo o sistema protecionista do menor, na hipótese de existir vínculo afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, ainda que este não se encontre sequer cadastrado no referido registro; II - É incontroverso nos autos, de acordo com a moldura fática delineada pelas Instâncias ordinárias, que esta criança esteve sob a guarda dos ora recorrentes, de forma ininterrupta, durante os primeiros oito meses de vida, por conta de uma decisão judicial prolatada pelo i. desembargador-relator que, como visto, conferiu efeito suspensivo ao Agravo de Instrumento n. 1.0672.08.277590-5/001. Em se tratando de ações que objetivam a adoção de menores, nas quais há a primazia do interesse destes, os efeitos de uma decisão judicial possuem o potencial de consolidar uma situação jurídica, muitas vezes, incontornável, tal como o estabelecimento de vínculo afetivo; III - Em razão do convívio diário da menor com o casal, ora recorrente, durante seus primeiros oito meses de vida, propiciado por decisão judicial, ressalte-se, verifica-se, nos termos do estudo psicossocial, o estreitamento da relação de maternidade (até mesmo com o essencial aleitamento da criança) e de paternidade e o consequente vínculo de afetividade; IV - Mostra-se insubsistente o fundamento adotado pelo Tribunal de origem no sentido de que a criança, por contar com menos de um ano de idade, e, considerando a formalidade do cadastro, poderia ser afastada deste casal adotante, pois não levou em consideração o único e imprescindível critério a ser observado, qual seja, a existência de vínculo de afetividade da infante com o casal adotante, que, como visto, insinua-se presente; V - O argumento de que a vida pregressa da mãe biológica, dependente química e com vida desregrada, tendo já concedido, anteriormente, outro filho à adoção, não pode conduzir, por si só, à conclusão de que houvera, na espécie, venda, tráfico da criança adotanda. Ademais, o verossímil estabelecimento do vínculo de

Tanto melhor seria o pleno reconhecimento desta modalidade de adoção, para que tramitasse regularmente. Rolf MADALENO traz a opinião de Galdino Augusto Coelho de que é importante a participação dos pais biológicos no destino dos filhos que entregam o filho à adoção, “como de singular importância quando os pais biológicos nutrem relações de respeito, estima, consideração e, sobretudo, confiança em relação às pessoas por eles escolhidas para amar, criar e educar o filho dado em adoção”<sup>186</sup>. Enxergada a entrega à adoção não como um abandono, mas como um ato de paternidade responsável dos pais que não se veem em condições de criarem seus filhos, esta é uma importante diretriz para a adoção *intuitu personae*.

No entanto, deve haver supervisão e orientação dos pais para que o ato não seja impensado, bem como deve haver detida investigação sobre as causas que fundamentam o consentimento personalizado. O juiz não está vinculado à indicação, podendo decidir contrariamente sempre que identifique os apontados para serem adotantes não são adequados ou se a indicação tem motivos escusos<sup>187</sup>. Como dizem Márcia Lopes de CARVALHO e Natalia Soares FRANCO, a “criança jamais pode ser vista como ‘moeda de troca’, o que viola frontalmente o princípio da dignidade humana”<sup>188</sup>.

Mas a adoção *intuitu personae* é compatível com os Cadastros de pretendentes à adoção? Luiz Antonio Miguel FERREIRA opina no sentido de que os indicados devem ter se cadastrado, com as exceções previstas em lei já mencionadas<sup>189</sup>, de modo que a única exceção seria quanto à observância da ordem

afetividade da menor com os recorrentes deve sobrepor-se, no caso dos autos, aos fatos que, por si só, não consubstanciam o inaceitável tráfico de criança; VI - Recurso Especial provido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Recurso Especial n.º 1.172.067-MG, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Recorrente: L.C.B. e outro. Relator: Min. Massami Uyeda. Data do julgamento: 18/03/2010. Publicado em: 14/04/2010).

<sup>186</sup> MADALENO, R. *Op. Cit.*, p. 628.

<sup>187</sup> “Nesses casos, a adoção não deve ser impedida antes de realizado um amplo estudo social, para que sejam perquiridas as reais intenções de todos os envolvidos. Como quer que seja, a decisão deve ter em vista as reais vantagens para o adotando, mesmo que se ignore o cadastro de adoção” (FONSECA, A. C. L. da. *Op. Cit.*, p. 176).

<sup>188</sup> CARVALHO, Márcia Lopes de; FRANCO, Natalia Soares. O cuidado na adoção: algumas experiências. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 201.

<sup>189</sup> “Somado a estes requisitos, devem os adotantes estar devidamente cadastrados como pessoas habilitadas para receber uma criança ou adolescente em adoção ou se enquadrar numa das hipóteses previstas para sua dispensa. [...]”

Verifica-se que a adoção *intuitu personae* diferencia das demais modalidades de adoção por conceber a possibilidade de indicação, por parte da mãe ou pai biológico, da pessoa que irá adotar o seu filho e a possibilidade da dispensa do prévio cadastro dos pretendentes à adoção, que devem se enquadrar nas exceções previstas em lei” (FERREIRA, L. A. M. *Op. Cit.*, p. 82-83).

cronológica, que seria deixada de lado em razão da vontade declarada dos genitores. Outros autores, como Maria Berenice DIAS, criticam uma observância cega aos Cadastros sem que se verifique se na situação de fato a pessoa não cadastrada não se revelaria uma melhor adotante<sup>190</sup>.

Assim, mesmo que não se trate de adoção unilateral, de adoção por parentes ou por tutor ou guardião legal e não for cadastrado o pretendente indicado pelos pais, deve ser deferida a adoção se a autoridade judiciária, após contar com apoio da equipe técnica para verificar as razões e os reais benefícios ao adotando, não encontrar óbices.

E isto não porque a indicação do adotante possa ser comparada à tutela testamentária (artigo 1.729 do Código Civil), como sustenta parte da doutrina<sup>191</sup>, até porque as situações são distintas: na última, os pais estão indicando alguém que exerça o cuidado em relação aos seus filhos na extinção da autoridade parental por morte, ou seja, em uma situação em que eles simplesmente não poderão mais exercê-la. Já na indicação do adotante, os pais poderiam, em tese, exercer o múnus parental, mas reconhecem que faticamente são incapazes de atenderem o melhor interesse dos seus filhos e, por isto, os entregam à adoção. Não há a previsão de uma impossibilidade inafastável futura para o exercício da autoridade parental, mas sim um ato presente de presumível último exercício da paternidade responsável. A tutela testamentária terá apenas uma verificação quanto à adequação da pessoa indicada, enquanto a indicação do adotante terá também uma verificação de causa, pois se deve saber se os motivos da indicação são legítimos ou escusos.

Mas o temor das irregularidades na adoção *intuitu personae* não devem implicar em uma interpretação que lhe imponha a impossibilidade jurídica. Inclusive, é medida mais salutar o seu reconhecimento, para que se evite as situações à margem da fiscalização da autoridade judiciária<sup>192</sup>. Ademais, como argumento de ordem processual, o procedimento do artigo 166 do ECA não é incompatível com a

<sup>190</sup> “Existe uma exacerbada tendência de sacralizar a lista de preferência e não admitir, em hipótese nenhuma, a adoção por **pessoas não inscritas**. É tal a intransigência e a cega obediência à ordem de preferência que se deixa de atender a situações em que, mais do que necessário, é recomendável deferir a adoção sem atentar à listagem. Muitas vezes o candidato não se submeteu ao procedimento de inscrição, até porque jamais havia pensado em adotar” (DIAS, M. B. *Op. Cit.*, p. 486).

<sup>191</sup> Neste sentido, Maria Berenice DIAS, Rolf MADALENO e Suely Mitie KUSANO, nas obras citadas.

<sup>192</sup> “É de suma importância a aceitação da adoção *intuitu personae* para impedir a incidência de guardas irregulares e, sobretudo, evitar o temor de comparecer à Justiça, que não adota procedimentos uniformes no que se refere ao tratamento daqueles que têm o desejo de adotar ou de entregar seu filho à família substituta” (CARVALHO, M. L. de; FRANCO, N. S. *Op. Cit.*, p. 201).



adoção *intuitu personae*, pois os pais podem aderir expressamente ao pedido considerando adotantes determinados.

Nem se argumente que a prévia inscrição no Cadastro seria necessária para melhor avaliação psicológica dos candidatos à adoção. Se é verdade que eles poderiam contar com mais tempo para uma preparação, por outro esta também pode ser feita no curso do processo de adoção *intuitu personae*.

### 5.3 ENTREGA À ADOÇÃO E ADOÇÃO DE NASCITUROS

Uma forma de dar o consentimento para a adoção introduzida em nosso ordenamento jurídico, por mudança trazida pela Lei Nacional de Adoção conforme vimos, permite que a gestante entregue o futuro filho em adoção (ECA, art. 13, parágrafo único). É um justo contraponto à proibição do aborto que temos em nosso sistema penal. Mas, mais do que atender o desejo da mãe de escapar de uma “condenação à maternidade”, o objetivo é evitar o abandono da criança<sup>193</sup>. DIGIÁCOMO e DIGIÁCOMO entendem que o intuito da inovação legislativa é outro, o de “coibir práticas ilegais, abusivas e mesmo criminosas como a ‘adoção à brasileira’ e a entrega de filho com vista à adoção mediante paga ou promessa de recompensa”<sup>194</sup>.

A inovação legislativa não se confunde com o chamado parto anônimo, que já teve lugar no Brasil com a roda dos expostos<sup>195</sup>. Se por um lado o parto anônimo protege a identidade da mãe, por outro ele nega à criança o direito de conhecer sua identidade biológica, o que é muito grave. No Brasil se possibilitou a entrega

<sup>193</sup> “Essa possibilidade tem por objetivo evitar que a rejeição do infante, por motivos psicológicos, sociais ou econômicos, leve ao abandono da criança após o parto”. (LÔBO, P. *Op. Cit.*, p 283.)

<sup>194</sup> DIGIÁCOMO, M. J; DIGIÁCOMO, I. de A. *Op. Cit.*, p. 25.

<sup>195</sup> “O parto anônimo é uma designação recente, mas sua essência toma por empréstimo o que tradicionalmente fora designado como roda dos enjeitados ou roda dos expostos. Este instituto, cuja origem remota à Idade Média, encontrou na França e na Itália o pioneirismo da iniciativa, a qual foi estendida a outros países europeus. Entre nós teve início no Brasil Colônia, por herança de Portugal, sendo largamente utilizado até 1950.

O nome ‘roda’ se deu pelo fato de ser fixado no muro ou na janela, normalmente das Santas Casas de Misericórdias, hospitais ou conventos, um artefato de madeira no qual era colocada a criança e mediante um giro era conduzida ao interior daquelas dependências. Um toque na campainha, ou um badalar de sino era o sinal de que mais uma criança se encontrava na ‘roda’ e que quem a colocou não queria ser identificada.” (LEVY, Laura Affonso Costa. Parto anônimo e a real proteção da criança e do adolescente. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2197, 7 de julho de 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13106>>. Acesso em: 29 de novembro de 2012).

voluntária, mas não a ser realizada de forma anônima, de modo que a criança poderá, posteriormente, ter acesso aos dados referentes à sua ascendência biológica. Mas o anonimato cumpriria uma grande função, que é evitar os preconceitos relativos ao abandono direcionados contra a figura da mãe.

Cabe destacar o posicionamento da psicóloga Cynthia PEITER acerca da necessidade de deixar a postura preconceituosa de sempre considerar a mãe como simplesmente desistindo de seus filho<sup>196</sup>. Em especial, porque os psicoterapeutas que prepararão para uma nova família esta criança entregue à adoção (entregue, não abandonada) terão que fazer um papel de transição, tendo que trabalhar com todas as rejeições e dores sofridas pelo infante ao longo de sua caminhada. Tanto mais difícil será a tarefa se desde novo lhe for incutida a idéia de que a criança foi abandonada, de que a responsável por colocá-la no mundo não lhe quis.

Em verdade, a entrega à adoção pode representar um último e verdadeiro ato de amor, pois a mãe, vendo que não terá como proporcionar condições de vida digna ao seu filho, prefere não fazê-lo sofrer consigo, permitindo que o Poder Público busque um lar adequado ao recém nascido.

No entanto, o preconceito social que recai sobre estas mães apenas dificulta a realização do ato. Ninguém observa a situação delas. Nas palavras de Maria Antonieta Pisano MOTTA:

Não há entrevistas com as mães que não permanecem com os filhos; ninguém pergunta a elas o que as leva a tomar tal decisão. A respeito das que abandonam os filhos, ou mesmo daquelas que, embora com muita dor, entregam-nos em adoção, controem-se hipóteses, especula-se, critica-se, julga-se e condena-se, mas poucos querem se aproximar, ouvir e, efetivamente, saber.<sup>197</sup>

---

<sup>196</sup> Cabe fazer menção a um apontamento feito em obra sobre a adoção de uma perspectiva da psicologia: “A importante pesquisa de Motta (2001) investiga motivos, afetos e circunstâncias presentes entre mães que entregam seus filhos em adoção por iniciativa própria. Para esta autora o uso do termo abandono revela ‘uma postura preconceituosa e paradoxal em relação à mãe que ‘desiste’ de criar seu filho’ e, por isso, prefere o termo ‘entrega’. Sugere que abandonemos sim a ideia de que a mãe que entrega o faz por não se interessar pela criança, por não amá-la ou que possa estar pensando somente em si mesma.” (PEITER, Cynthia. *Adoção: vínculos e rupturas: do abrigo à família adotiva*, p. 49)

<sup>197</sup> MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Mães que abandonam e mães abandonadas. In: **Le monde diplomatique**: para além da adoção (encarte especial), São Paulo, n. 51, p. 4, out. 2011.

Se os atos de abandono, em especial em situações extremas de risco à criança, já devem ser analisadas com olhares menos apaixonados e preconceituosos, tanto mais é verdade para os casos em que a mãe entrega o seu filho.

O estigma<sup>198</sup> da “mãe desnaturada” pode impedir a entrega à adoção célere, fazendo com que a genitora leve mais tempo na sua própria indecisão diante das pressões sociais, fazendo com que a criança sofra em um lar inadequado ou até na insegura situação de institucionalização com uma convivência familiar precária, até que haja um abandono total tardio, em que, por questões de idade, a adoção da criança é dificultada.

A previsão legal da entrega à adoção, trazida pela Lei n.º 12.010/2009, é uma inovação muito interessante, neste sentido. Permite que se evite o abandono e que a criança só fique em condições de adotabilidade com uma idade mais avançada, em que o interesse dos adotantes é sensivelmente reduzido.

Outra questão próxima da entrega da criança à adoção é a adoção de nascituros. Nesta, os adotantes adotariam a criança antes mesmo de ela nascer e adquirir personalidade.

Há debates sobre a possibilidade jurídica da adoção de nascituro, havendo autores que se posicionam contra, a exemplo da obra conjunta de Pablo Stolze GAGLIANO e Rodolfo PAMPLONA FILHO<sup>199</sup> e da de Maria Berenice DIAS<sup>200</sup>, e outros que são favoráveis, como Paulo Luiz Netto LÔBO<sup>201</sup> e Rolf MADALENO<sup>202</sup>. Isto para ficar em exemplos que escreveram após a recente Lei de Adoção.

Poderíamos citar Antônio CHAVES<sup>203</sup> como um exemplo mais antigo de autor contrário à adoção de concebido não nascido, mas sua argumentação, embora respeitável à época, foi construída com base em uma legislação não mais vigente e

<sup>198</sup> No sentido em que trata Carlos Roberto BACILA, conforme já mencionado.

<sup>199</sup> “Pensamos, nesse ponto, assistir razão ao professor TEIXEIRA GIORGIS, quando ressalta a importância do período de convivência com o adotante, requisito de impossível observância na hipótese versada, razão por que concluímos pela inadmissibilidade jurídica da adoção do nascituro” (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011).

<sup>200</sup> “Assim, não há mais como sustentar a possibilidade de adoção antes mesmo do nascimento. Às claras configuraria uma adoção *intuitu personae*” (DIAS, M. B. *Op. Cit.*, p. 490).

<sup>201</sup> “Entendemos, todavia, que não há impedimento legal para tanto, pois todos os direitos da futura pessoa já estão reservados, caso o nascituro nasça com vida, inclusive o de ser adotado. Assim, a adoção pode ser deferida pelo juiz, ficando suspensa até que se confirme o nascimento com vida, quando produzirá todos os seus efeitos” (LÔBO, P. L. N. *Op. Cit.*, p. 274).

<sup>202</sup> “...se é titular de expectativas de direito condicionadas ao seu nascimento com vida, também sua adoção pode restar condicionada ao seu nascimento com vida” (MADALENO, R. *Op. Cit.*, p. 640).

<sup>203</sup> CHAVES, A. *Op. Cit.*, p. 164-166.

cujos valores não estariam alinhados com o paradigma constitucional de valorização da criança e do adolescente e da igualdade da filiação: aduzia o autor, além do argumento ainda aplicável da diferença de idade, que um adotante não realizaria o ato caso soubesse da incipiente gravidez de sua mulher (considere-se que não havia sido expressamente revogada a legislação que afirmava, na hipótese de adoção simples, nas situações em que o adotante já tivesse filhos legítimos, os filhos adotivos não teriam direitos sucessórios).

Os argumentos contrários são no sentido da impossibilidade da realização de estágio de convivência, bem como pela impossibilidade de aferição da diferença de idade entre adotante(s) e adotado. Ainda, William Artur Pussi, autor citado por Rolf MADALENO, pondera que a adoção de nascituro contrariaria os princípios de segurança e estabilidade que deveriam presidir o estado das pessoas.

Quanto à impossibilidade de aferição de diferença de idade, Silmara Juny CHINELATO<sup>204</sup> pensa que é facilmente aferível a idade biológica do adotando e que poderá ser contada a partir dela a diferença e não da idade civil, com o que concordamos. De qualquer forma, há uma previsão, uma expectativa de quando será o parto. Mesmo que ocorra de a criança nascer prematuramente, a jurisprudência admite pequenas flexibilizações na regra que impõe 16 anos de diferença de idade entre adotante e adotado.

Quanto à impossibilidade de realização do estágio de convivência, destaque-se que este período tem uma importância para a formação de novos vínculos afetivos e para habituar a criança ao novo lar. Mas a criança apenas realiza ligações objetais com sua mãe a partir dos dois meses de idade. Se estiver *ab initio* inserida na família adotante, formará vínculos originais com esta, como se nascido nela fosse. O que é necessário é uma investigação séria, prévia, sobre as condições da família de receber a criança adotada. A falta do estágio de convivência não parece ser um impeditivo, tendo em vista que também uma família que tem o filho biológico não realiza um prévio período de convivência supervisionado.

Ademais, a adoção de nascituro poderia ser interessante se conjugada com o sistema de Cadastros. Sendo colocada desde a gestação no Cadastro de crianças

---

<sup>204</sup> “A idade biológica do nascituro é plena e facilmente determinável, ainda que a idade civil só comece a ser contada a partir do nascimento. E por tal motivo, o nascituro terá sempre dezesseis anos menos do que o adotante” (CHINELATO, Silmara Juny. A adoção de nascituro e a quarta era dos direitos: razões para se alterar o *caput* do artigo 1.621 do novo Código Civil. In: **Novo Código Civil**: questões controvertidas. São Paulo: Método, 2006, v.1, p. 358).

disponibilizadas à adoção, seria adiantado o procedimento de adoção durante a gestação e a criança não precisaria aguardar algum tempo na instituição de acolhimento no interregno entre a sua entrega pela genitora e a recepção por uma família adotante.

Registramos, no entanto, que pensamos ser o consentimento dos genitores o maior óbice à realização da adoção de nascituros. Considerando que o ECA dispõe que o consentimento é passível de retratação até a data da publicação da sentença que decreta a adoção, se isto ocorresse durante a gestação, seria uma situação estranha, senão injusta, vincular a gestante de modo definitivo. E, ao contrário do que ocorre na maternidade de substituição, a gestação não se deu por pedido das pessoas estranhas à mãe. Ademais, outra dificuldade de operacionalizar decorreria do tempo do processo, que muitas vezes ultrapassaria o tempo da gestação, o que também pode ocorrer nas ações de alimentos gravídicos, com a diferença que no caso da adoção não há a possibilidade de tutela antecipada. De toda sorte, não pretendemos esgotar o tema dentro dos limites deste trabalho, apenas fazendo apontamentos para uma futura pesquisa.

Ainda, trazemos notícia da possibilidade cogitada em doutrina de adoção de embriões, que é a possibilidade de destinação dos embriões excedentários que “acarreta o menor número de problemas éticos quando realizados em favor de uma mulher ou de casal estéril”<sup>205</sup>. Rolf MADALENO afirma ser descipienda a necessidade de formalização judicial de uma adoção para fins de evitar uma contestação de paternidade, pois “há necessidade de autorização expressa, formulada por escrito e por ambos os genitores donatários, autorizando a inseminação artificial medicamente assistida, a partir da doação de embriões”<sup>206</sup>. CHINELATO, que faz parte da corrente concepcionista da personalidade, considera que a expressa “adoção de embriões” é correta e que utilizar “doação” é um erro técnico<sup>207</sup>. No entanto, o tema diz mais respeito às questões éticas envolvendo o direito à vida e quando este começa, o que é anterior ao direito de convivência familiar da criança, maior objeto de preocupação deste trabalho, pelo que deixamos de tecer maiores considerações.

---

<sup>205</sup> MADALENO, R. *Op. Cit.*, p. 641-642.

<sup>206</sup> *Idem*, p. 643.

<sup>207</sup> CHINELATO, S. J. *Op. Cit.*, p. 369.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste trabalho, tratamos das modificações sofridas pelo direito de família, tendo esta passado de uma instituição transpessoal para uma em que se busca a realização pessoal de seus membros. É o que se chama de família eudemonista. Neste contexto se insere os filhos por adoção, que são tão filhos quanto o filho biológico, tido na constância de um casamento ou não, pois o que importa é a preservação do afeto que está ligado às relações paternofiliais.

Insertos neste contexto da família, a criança e o adolescente passaram a ser reconhecidos como sujeitos de direito em peculiar situação de desenvolvimento. Reconhecendo estas pessoas como sujeitos merecedores de uma tutela especial, acabou sendo formado um microssistema, o Estatuto da Criança e do Adolescente, e um ramo do direito autônomo, com princípios próprios que dão o norte da proteção deste grupo.

A aplicação do direito quando há crianças e adolescentes envolvidos deve ter em conta, dentre outros princípios, os princípios da proteção integral, da prioridade absoluta e do melhor interesse da criança e do adolescente.

A adoção deve ser analisada sob esta ótica. Tradicionalmente estudada no ramo do direito de família, visto ser uma forma jurídica de filiação, foi trazida ao direito da criança e do adolescente, pois serve para garantir o direito fundamental à convivência familiar. A adoção deve ser sempre realizada no interesse do adotando, visando lhe trazer reais vantagens.

A Lei n.º 12.010 de 2009 trouxe uma série de modificações ao instituto. Visou imprimir maior celeridade ao procedimento de adoção, tendo em vista que o período de indefinição quando a criança é afastada do lar traz efeitos maléficos a ela, mas algumas interpretações mais restritivas acabam por ter efeito contrário, impondo entraves desnecessários.

Neste sentido, o consentimento dos genitores com a adoção significa uma maior celeridade no feito. Aqueles que não se sentem em condições de darem os devidos cuidados aos filhos devem ser devidamente instruídos quanto à possibilidade de entrega em adoção, em especial quando se tratarem de crianças pequenas, mas sempre se dando ciência da extensão do efeito de seus atos.

Também a mãe gestante pode manifestar sua vontade na entrega, com o devido acompanhamento psicológico e assistência durante a gestação.

No entanto, a lei, ao trazer a obrigatória inscrição no cadastro com ressalvas limitadas, impôs dificuldades à adoção *intuitu personae*. Mas a decisão dos genitores sobre o destino de seus filhos deve ser preferencialmente observada, salvo quando não atender o melhor interesse destes.

Um entendimento muito restritivo da lei pode acabar por gerar muitas injustiças. Quando os pais não concordarem com a entrega da criança à adoção, devem ser envidados esforços sérios para averiguar e tentar as possibilidades de reinserção, quando aconselháveis. Mas isto não pode significar uma espera *ad eternum*.

Do mesmo modo, a concordância expressada no começo de um procedimento de adoção não pode ser tida como revogável de forma arbitrária a qualquer tempo. Caso a mãe e/ou o pai se arrependam do consentimento exarado, deve haver uma investigação célere quanto às causas desse arrependimento e uma consideração quanto aos eventuais estabelecimentos de laços de afetividade e afinidade com a família adotante.

Por fim, deve ser vista com reserva a necessidade de observância ao cadastro, quando já há um pretendente à adoção que represente alguém potencialmente vantajoso à criança.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### 1. ARTIGOS E LIVROS

ALMEIDA, Angela Mendes de; GONÇALVES, Margareth de Almeida; PAULA, Silvana Gonçalves de (org.). **Pensando a família no Brasil**: da colônia à modernidade. Rio de Janeiro Espaço e Tempo/UFRRJ, 1987.

AMARAL, Francisco. A descodificação do direito civil brasileiro. In: **Revista do Tribunal Regional Federal – 1ª Região**. Brasília: Tribunal Regional Federal da 1ª Região., v. 8, n. 4, p. 635-651, out./dez. 1996.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil**: introdução. 7. Ed., rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BACILA, Carlos Roberto. **Estigmas**: um estudo sobre os preconceitos. 2. ed. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BARBOZA, Heloísa Helena. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **A família na travessia do milênio**: anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM; Del Rey, 2000.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROS, Sérgio Resende de. A tutela constitucional do afeto. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). **Família e dignidade humana**: anais do V congresso brasileiro de direito de família. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

BARROSO, Lucas Abreu; CATALAN, Marcos. A licença-paternidade e a demanda por equidade na formação socioafetiva de vínculo familiar por adoção. In: **Revista brasileira de direito das famílias e sucessões**. Porto Alegre: Magister, n. 28, p. 90-96, jun./jul. 2012.

BITTENCOURT, Sávio. **A nova lei de adoção**: do abandono à garantia do direito à convivência familiar e comunitária. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BOSCARO, Márcio Antonio. **Direito de filiação**. São Paulo Editora: Revista dos Tribunais, 2002.



- CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda dos filhos** na família constitucionalizada. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2000.
- CHAVES, Antônio. **Adoção**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- CHINELATO, Silmara Juny. A adoção de nascituro e a quarta era dos direitos: razões para se alterar o *caput* do artigo 1.621 do novo Código Civil. In: **Novo Código Civil**: questões controvertidas. São Paulo: Método, 2006, v.1, p. 355-372.
- CIEGLINSKI, Amanda. Perfil mais buscado para adoção, crianças de até 3 anos são apenas 3% em abrigos. In: **Agência Brasil**, Brasília, 25 de maio de 2011. Disponível na Internet via WWW.URL: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2011-05-25/perfil-mais-buscado-para-adocao-criancas-de-ate-3-anos-sao-apenas-3-em-abrigos>>. Última atualização em 27 de novembro de 2012.
- CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, p. 31-56, 1998.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ildeara de Amorim. **Estatuto da criança e do adolescente anotado e interpretado**. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, 2010.
- FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família**: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio**: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do direito de família brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. **Adoção**: guia prático doutrinário e processual: com as alterações da Lei n. 12.010 de 03/08/2009. São Paulo: Cortez, 2010.
- FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Atlas, 2011.
- FREIRE, Fernando (org.). **Abandono e adoção**: contribuições para uma cultura da adoção. Curitiba: Terra dos Homens, 2001.
- GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família e psicanálise**: rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

GROSSI, Paolo. Códigos: algumas conclusões entre um milênio e outro. In: \_\_\_\_\_. **Mitologias jurídicas da modernidade**. 2. ed. rev. e amp. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

IRTI, Natalino. L'Età Della Decodificazione. In: FRANÇA, Rubens Limongi (coord.). **Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 10, p. 15-33, out./dez. 1979.

JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. Guarda, tutela e adoção no estatuto da criança e do adolescente. Principais aspectos. In: **Revista de direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 5, p. 24-71, jan./mar. 2001.

KREUZ, Sérgio Luiz. **Direito à convivência familiar da criança e do adolescente**: direitos fundamentais, princípios constitucionais e alternativas ao acolhimento constitucional. Curitiba: Juruá, 2012.

KUSANO, Suely Mitie. **Adoção de menores**: *intuitu personae*. Curitiba, Juruá, 2011. **Le monde diplomatique**: para além da adoção (encarte especial), São Paulo, n. 51, out. 2011.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado**: direito de família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LEVY, Laura Affonso Costa. Parto anônimo e a real proteção da criança e do adolescente. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2197, 7 de julho de 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13106>>. Acesso em: 29 de novembro de 2012.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adoção**: adoção internacional: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Malheiros, 2003.

LISBOA, Sandra Maria. **Adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente**: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. In: **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 33, 1 jul. 1999. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/507>>. Acesso em: 22 set. 2012.

\_\_\_\_\_. **Direito civil**: famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Entidades familiares constitucionalizadas**: para além do *numerus clausus*.

Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2552/entidades-familiares-constitucionalizadas/>>. Acesso em 21 de setembro de 2012.

LORENZETTI, Ricardo Luís. **Fundamentos de direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MOREIRA, Lúcia Vaz de Campos; RABINOVICH, Elaine Pedreira (org.). **Família e parentalidade**: olhares da psicologia e da história. Curitiba: Juruá, 2011.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais de direito de família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Tânia da Silva. Da adoção. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 125-140.

\_\_\_\_\_. O “melhor interesse da criança”. In: \_\_\_\_\_. **O melhor interesse da criança**: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

\_\_\_\_\_; OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PERES, Ana Paula Ariston Barion. **A adoção por homossexuais**: fronteiras da família na pós-modernidade. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2007, p. 248.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: parte especial, tomo IX: Direito de família: direito parental, direito protetivo. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, s.d.

PORTANOVA, Rui, **Princípios do processo civil**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

ROCHA, Maria Isabel de Matos Rocha. O filho adotivo tem direito à visita de seus pais biológicos? In: **Revista dos tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 848, p. 89-106, jun. 2006.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias simultâneas**: da unidade à pluralidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

\_\_\_\_\_. **Liberdade(s) e função**: contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do direito civil brasileiro. 2009. 395 f. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 19 de junho de 2009.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, Enid Rocha Andrade da (Coord.). **O direito à convivência familiar e comunitária**: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil. Brasília: IPEA/CONANDA, 2004.

SILVA, Marcos Alves da. **Do pátrio poder à autoridade parental**: repensando fundamentos jurídicos da relação entre pais e filhos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: \_\_\_\_\_. **Temas de direito civil**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. A igualdade constitucional dos filhos e dualidade de regimes de adoção. In: \_\_\_\_\_. **Temas de direito civil**: tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

\_\_\_\_\_. A tutela constitucional da criança e do adolescente: projeções civis e estatutárias. In: \_\_\_\_\_. **Temas de direito civil**: tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TRINDADE, Jorge. **Manual de psicologia jurídica para operadores do direito**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

VELHO, Gilberto. Família e subjetividade. ALMEIDA, Angela Mendes de; GONÇALVES, Margareth de Almeida; PAULA, Silvana Gonçalves de (org.). **Pensando a família no Brasil**: da colônia à modernidade. Rio de Janeiro Espaço e Tempo/UFRRJ, 1987

WEBER, Lídia Natalia Dobrianskyj. **Adote com carinho**: um manual sobre aspectos essenciais da adoção. Curitiba: Juruá, 2011.

## 2. JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Recurso Especial n.º 1.172.067-MG, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Recorrente: L.C.B. e outro. Relator: Min. Massami Uyeda. Data do julgamento: 18/03/2010. Publicado em: 14/04/2010.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Recurso Especial n.º 1.217.415 - RS, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recorrente: União. Recorrido: L.E.G.G. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Data do julgamento: 19/06/2012. Publicado em: 28/06/2012.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Recurso Especial n.º 1.347.228, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Recorrente: L.T.W. e outro. Relator: Min. Sidnei Beneti. Data do julgamento: 06/11/2012. Publicado em: 20/11/2012.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça (Primeira Câmara Criminal). Apelação Crime n.º 2012.015205-2, da 1ª Vara Criminal da Comarca de Lages. Apelante: Ministério Público de Santa Catarina. Apelados: N. dos S. G. e outro. Relatora: Desa. Marli Mosimann Vargas. Data do julgamento: 25/09/2012. Publicado em: 03/10/2012.

## 3. CONSTITUIÇÃO, LEIS E DECRETOS

BRASIL. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm)>. Último acesso em 03 de dezembro de 2012.

\_\_\_\_\_. Lei n. 3.133, de 08 de maio de 1957. **Atualiza o instituto da adoção prescrita no Código Civil**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L3133.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3133.htm)>. Último acesso em 03 de dezembro de 2012.

\_\_\_\_\_. Lei n. 4.655, de 02 de junho de 1965. **Dispõe sobre a legitimidade adotiva.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L4655.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4655.htm)>. Último acesso em 03 de dezembro de 2012.

\_\_\_\_\_. Lei n. 6.697, de 10 de outubro de 1979. **Institui o Código de Menores.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1970-1979/L6697.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm)>. Último acesso em 03 de dezembro de 2012.

\_\_\_\_\_. Constituição, de 05 de outubro de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Último acesso em 03 de dezembro de 2012.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Último acesso em 03 de dezembro de 2012.

\_\_\_\_\_. Lei n. 12.010, de 03 de agosto de 2009. **Dispõe sobre adoção; altera as Leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm)>. Último acesso em 03 de dezembro de 2012.